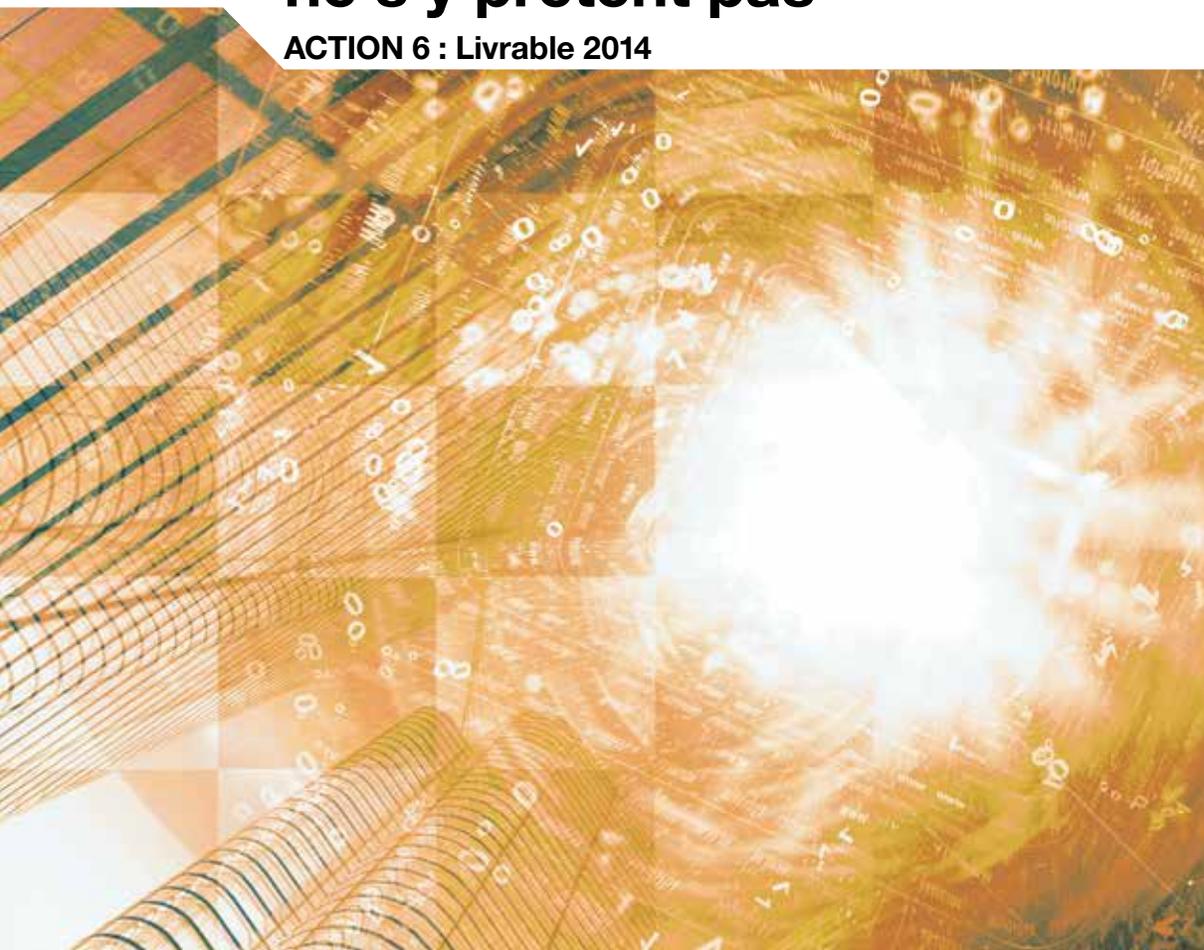


Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base
d'imposition et le transfert de bénéfices



Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales lorsque les circonstances ne s'y prêtent pas

ACTION 6 : Livrable 2014



Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition
et le transfert de bénéfices

Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales lorsque les circonstances ne s'y prêtent pas

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

Merci de citer cet ouvrage comme suit :

OCDE (2014), *Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales lorsque les circonstances ne s'y prêtent pas*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions OCDE.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264225329-fr>

ISBN 978-92-64-22531-2 (imprimé)

ISBN 978-92-64-22532-9 (PDF)

Collection : Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices

ISSN 2313-2620 (imprimé)

ISSN 2313-2639 (en ligne)

Crédits photo : Couverture © archerix / Fotolia.

Les corrigenda des publications de l'OCDE sont disponibles sur :

www.oecd.org/about/publishing/corrigenda.htm.

© OCDE 2014

La copie, le téléchargement ou l'impression du contenu OCDE pour une utilisation personnelle sont autorisés. Il est possible d'inclure des extraits de publications, de bases de données et de produits multimédia de l'OCDE dans des documents, présentations, blogs, sites Internet et matériel pédagogique, sous réserve de faire mention de la source et du copyright. Toute demande en vue d'un usage public ou commercial ou concernant les droits de traduction devra être adressée à rights@oecd.org. Toute demande d'autorisation de photocopier une partie de ce contenu à des fins publiques ou commerciales devra être soumise au Copyright Clearance Center (CCC), info@copyright.com, ou au Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), contact@cfcopies.com.

Avant-propos

Enrayer l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) est une priorité absolue pour les pouvoirs publics partout dans le monde. En 2013, les pays de l'OCDE et du G20, œuvrant sur un pied d'égalité, ont adopté un Plan d'action en 15 points visant à lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. Le Plan d'action vise à faire coïncider le lieu d'imposition des bénéfices avec le lieu d'exercice des activités économiques à l'origine de ces bénéfices et de la création de valeur. Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices constitue un impératif pour tous les pays et il convient d'agir rapidement, notamment pour empêcher que ne se défasse le cadre fiscal international existant fondé sur le consensus, ce qui aggraverait l'incertitude pour les entreprises, à l'heure où les investissements internationaux sont plus nécessaires que jamais. Par conséquent, le Plan d'action prévoit 15 mesures à mettre en œuvre d'ici à la fin de 2015 et, pour certaines d'entre elles, dès 2014.

Le Comité des affaires fiscales (CAF) de l'OCDE, qui réunit 44 pays sur un pied d'égalité (tous les membres de l'OCDE, les pays du G20 et les pays en voie d'adhésion à l'OCDE), a adopté un premier ensemble de sept rapports et recommandations décrits dans le Plan d'action et dus en 2014. Le présent rapport fait partie de ces réalisations et relève de l'Action 6.

Les pays en développement et d'autres économies non membres de l'OCDE ou du G20 ont été largement consultés au cours de nombreuses réunions régionales et d'autres forums mondiaux, et leurs contributions ont été prises en compte dans les travaux. Les représentants d'entreprises, syndicats, organisations de la société civile et universitaires ont également pris une part active au processus, saisissant l'occasion qui leur était donnée de commenter les documents de travail. Plus de 3 500 pages de commentaires ont ainsi été reçues et débattues au cours de cinq réunions publiques de consultation et de trois sessions interactives diffusées sur le Web, qui ont attiré près de 10 000 visiteurs.

Le premier ensemble de rapports et de recommandations, élaborés en 2014, constitue une réponse à sept des quinze points du Plan d'action publié

en juillet 2013. L'objectif du Plan d'action étant d'offrir des solutions complètes et cohérentes pour lutter contre les pratiques d'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, les mesures proposées, bien qu'approuvées sur le principe, ne sont pas encore finalisées. Elles sont susceptibles d'évoluer au gré de certaines décisions prises au regard des résultats attendus pour 2015, auxquels elles sont étroitement liées. Elles reflètent toutefois le consensus, en date de juillet 2014, qui entoure un certain nombre de solutions adoptées pour mettre un terme à l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices.

L'adoption de ce premier ensemble de rapports et de recommandations et la mise en œuvre des mesures pertinentes par les autorités nationales permettront : de neutraliser les effets des montages hybrides ; de s'attaquer au chalandage fiscal et à d'autres formes d'utilisation abusive des conventions ; de réduire significativement la manipulation des règles de détermination des prix de transfert dans le domaine sensible des biens incorporels ; et de mettre en place des déclarations pays par pays qui donneront aux pouvoirs publics des renseignements sur la répartition mondiale des bénéfices, des activités économiques et des impôts acquittés par les entreprises multinationales. Par ailleurs, les pays de l'OCDE et du G20 ont adopté un rapport qui conclut à la faisabilité de la mise en œuvre des mesures arrêtées dans le cadre du Projet BEPS par le biais d'un instrument multilatéral. Ils ont également progressé dans la lutte contre les pratiques fiscales dommageables, notamment dans le domaine des régimes de la propriété intellectuelle et des rescrits fiscaux. Enfin, ils sont parvenus à une compréhension commune des défis posés par l'économie numérique, ce qui leur permettra d'approfondir leurs travaux dans ce domaine où les phénomènes d'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices sont exacerbés.

Par nature, les pratiques d'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices appellent des réponses coordonnées. C'est pourquoi les pays consacrent du temps et des ressources à forger des solutions communes à des problèmes communs. Dans le même temps, ils conservent leur souveraineté fiscale et sont libres d'appliquer les mesures selon des modalités différentes, dès lors qu'elles ne vont pas à l'encontre de leurs engagements juridiques internationaux.

Table des matières

Abréviations et acronymes	7
Synthèse	9
Introduction.....	16
A. Dispositions conventionnelles et/ou règles nationales destinées à empêcher l’octroi inopportun d’avantages prévus par les conventions	20
1. Cas dans lesquels une personne tente de contourner les limitations prévues par la Convention	20
a) Chalandage fiscal.....	20
i) Règle de la limitation des avantages.....	25
ii) Règles visant les montages dont un des objets principaux est d’obtenir le bénéfice des avantages prévus par la Convention	71
b) Autres situations dans lesquelles une personne cherche à contourner les limitations incluses dans une Convention	80
i) Fractionnement de contrats.....	81
ii) Cas de location de main-d’œuvre	81
iii) Transactions destinées à éviter la qualification de dividendes	82
iv) Transactions consistant à transférer des dividendes	82
v) Transactions visant à contourner l’application de l’article 13(4).....	84
vi) Critère de départage appliqué pour déterminer la résidence en vertu d’une convention de personnes, autres que les personnes physiques, ayant une double résidence	85
vii) Règle anti-abus visant les établissements stables situés dans des États tiers.....	89
2. Cas dans lesquels une personne tente de contourner les dispositions du droit fiscal national en utilisant les avantages prévus par les conventions	93
B. Préciser que les conventions fiscales ne doivent pas être utilisées pour générer une double non-imposition.....	107

C. Considérations de politique fiscale que les pays doivent, de façon générale, prendre en compte avant de décider de conclure une convention fiscale avec un autre pays111

Abréviations et acronymes

BEPS	Érosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices (<i>Base erosion and profit shifting</i>)
CAF	Comité des affaires fiscales
COP	Critère des objets principaux
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OPC	Organisme de placement collectif
SEC	Société étrangère contrôlée

Synthèse

L'Action 6 du Plan d'action BEPS mentionne l'utilisation abusive des conventions fiscales et, en particulier, le chalandage fiscal comme l'un des plus importants sujets de préoccupation dans le domaine de l'érosion de la base d'imposition et du transfert de bénéficiaires. Elle décrit les travaux à mener pour :

- A. Élaborer des dispositions conventionnelles types et des recommandations visant à concevoir des règles nationales qui empêchent que les avantages prévus par les conventions puissent être accordés lorsque cela n'est pas justifié.
- B. Préciser que les conventions fiscales ne doivent pas être utilisées pour générer une double non-imposition.
- C. Cerner les considérations de politique fiscale que les pays doivent, de façon générale, prendre en compte avant de décider de conclure une convention fiscale avec un autre pays.

Ce rapport contient les propositions de modifications du Modèle de Convention fiscale qui résultent de ces travaux. Ces modifications font suite à la décision de modifier le Modèle de l'OCDE afin d'inclure des dispositions visant à empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales. Compte tenu de la diversité des approches, un certain nombre de dispositions recommandées dans le présent rapport offrent des alternatives et une certaine flexibilité. Il y a toutefois accord sur le fait que ces solutions servent un but commun, faire en sorte que les États prévoient dans leurs conventions des mesures de protection suffisantes pour prévenir l'utilisation abusive de ces conventions, en particulier le chalandage fiscal. C'est la raison pour laquelle il est préconisé dans le rapport de veiller à garantir un niveau de protection minimum (voir ci-après).

Lors de l'examen des dispositions types figurant dans ce rapport, il importe de noter que ces dispositions doivent servir de modèles et qu'il convient de les adapter aux particularités des différents États et aux circonstances de la négociation des conventions bilatérales. Par exemple, dans certains pays, il peut exister des restrictions, imposées par la

constitution de ces pays ou par le droit communautaire européen, qui empêchent d'adopter la formulation exacte des dispositions telles que recommandées dans le présent rapport ; dans certains pays, il peut exister des règles anti-abus ou les tribunaux peuvent avoir adopté certaines règles jurisprudentielles qui permettent de combattre efficacement diverses formes d'abus des conventions décrites dans ce rapport, et la capacité administrative de certains pays peut les empêcher d'appliquer certaines règles conventionnelles complexes et les contraindre à opter pour des dispositions anti-abus de portée plus générale.

Bien qu'il y ait accord sur le fait que le Modèle de Convention de l'OCDE doit garantir le niveau de protection minimum pour prévenir les utilisations abusives des conventions, en particulier le chalandage fiscal, décrit dans cette synthèse et dans le paragraphe 14 du rapport, il est reconnu que des travaux supplémentaires seront nécessaires pour définir le contenu précis des dispositions types et des Commentaires connexes figurant dans la section A de ce rapport, et en particulier la règle de la limitation des avantages. Il est également admis que d'autres travaux doivent être entrepris concernant la mise en œuvre du niveau de protection minimum ainsi que les considérations de politique fiscale relatives au traitement, dans les conventions, des organismes de placement collectif (OPC) et autres fonds de placement. Les dispositions types et les Commentaires y afférents figurant dans la section A du présent rapport doivent donc être considérés comme en devenir et susceptibles d'être améliorés avant la publication de la version finale en septembre 2015.

A. Élaborer des dispositions conventionnelles types et des recommandations visant à concevoir des règles nationales qui empêchent que les avantages prévus par les conventions puissent être accordés lorsque cela n'est pas justifié

La section A du rapport contient des recommandations visant à empêcher l'octroi inopportun d'avantages prévus par des conventions. À cette fin, il est utile de distinguer deux types de cas :

1. Les cas dans lesquels une personne tente de contourner les limitations prévues par la Convention elle-même.
2. Les cas dans lesquels une personne tente de contourner les dispositions du droit fiscal national en utilisant les avantages prévus par les conventions.

Étant donné que le premier type de cas concerne des situations dans lesquelles une personne cherche à contourner des règles spécifiques prévues par des conventions fiscales, il est recommandé de rédiger des règles

anti-abus devant figurer dans les conventions. La situation est différente dans le second type de cas : ceux-ci concernent des situations où une personne contourne des dispositions du droit fiscal national et qui ne peuvent donc pas être traitées uniquement par des dispositions inscrites dans les conventions, mais nécessitent des règles anti-abus de portée nationale, ce qui pose le problème de l'interaction entre les conventions fiscales et ces règles de portée nationale.

1. Cas dans lesquels une personne tente de contourner les limitations prévues par la Convention elle-même

Les recommandations relatives à l'adoption de nouvelles règles anti-abus figurant dans le rapport concernent en premier lieu les stratégies de chalandage fiscal par lesquelles une personne qui n'est pas résidente d'un État contractant tente d'obtenir les avantages qu'une convention fiscale accorde à un résident de cet État. Des recommandations supplémentaires ciblent d'autres stratégies qui visent à satisfaire aux conditions prévues par la Convention en vue d'obtenir indûment les avantages accordés par certaines dispositions de conventions fiscales.

a) Recommandations portant sur le chalandage fiscal

Le rapport recommande de suivre une démarche en trois temps pour résoudre les problèmes de chalandage fiscal :

- Premièrement, il est recommandé de faire figurer dans le titre et le préambule des conventions fiscales une mention indiquant clairement que les États contractants, lorsqu'ils concluent une convention, souhaitent éviter de créer des possibilités de non-imposition et d'imposition réduite résultant de comportements de fraude ou d'évasion fiscale et, en particulier, des possibilités de chalandage fiscal (cette recommandation figure dans la section B du présent rapport).
- Deuxièmement, il est recommandé d'inclure dans les conventions fiscales une règle spécifique anti-abus s'inspirant des dispositions relatives à la limitation des avantages figurant dans les conventions conclues par les États-Unis et quelques autres pays (la « règle de la limitation des avantages »). Cette règle spécifique vise un grand nombre de situations de chalandage fiscal et est basée sur la nature juridique des résidents d'un État contractant, leurs activités en général et leurs actionnaires.
- Troisièmement, pour combattre d'autres formes d'utilisation abusive des conventions fiscales, notamment les situations de chalandage

fiscal qui ne seraient pas couvertes par la règle de la limitation des avantages décrite au paragraphe précédent (comme certains mécanismes de financement par des sociétés relais), il est recommandé d'ajouter aux conventions fiscales une règle anti-abus de portée plus générale faisant référence aux objets principaux des montages ou transactions (critère des objets principaux ou « COP »).

Le fait d'associer la règle de la limitation des avantages et la règle du critère des objets principaux décrits précédemment est une reconnaissance du fait que chaque règle a ses points forts et ses points faibles et peut ne pas convenir pour tous les pays. Il est aussi admis que ces règles peuvent devoir être adaptées (pour tenir compte des restrictions prévues par la constitution d'un État ou par le droit communautaire européen, par exemple). Comme mentionné précédemment, tant que l'approche effectivement adoptée par les pays permet de s'attaquer aux utilisations abusives de conventions fiscales en respectant les grandes lignes tracées dans le présent rapport, une certaine flexibilité est possible dans la mise en œuvre des recommandations. Les pays doivent cependant accepter à tout le moins de faire figurer dans leurs conventions fiscales une déclaration explicite indiquant que leur intention commune est d'éliminer la double imposition sans créer de possibilités de non-imposition ou d'imposition réduite résultant de comportements de fraude ou d'évasion fiscale, en particulier par le recours à des mécanismes de chalandage fiscal ; ils devraient également donner effet à cette intention commune soit en adoptant l'approche combinée décrite ci-dessus, soit en adoptant la règle du critère des objets principaux, ou en adoptant la règle de la limitation des avantages complétée par un mécanisme (tel qu'une règle du critère des objets principaux visant les mécanismes de financement par des sociétés-relais ou des règles législatives ou jurisprudentielles anti-abus nationales aboutissant à un résultat similaire) permettant de viser les systèmes de recours à des sociétés-relais qui ne sont pas encore traités dans les conventions fiscales.

La règle de la limitation des avantages figurant dans le rapport restreint la portée générale de la disposition conventionnelle selon laquelle une convention s'applique aux personnes résidentes d'un État contractant. Le paragraphe 1 de cette règle dispose qu'un résident d'un État contractant ne peut bénéficier d'un avantage conféré par la Convention sauf si ce résident est une « personne admissible » telle que définie au paragraphe 2 ou si ces avantages sont accordés par ailleurs au titre des paragraphes 3, 4 ou 5. Le paragraphe 2 détermine l'identité d'une « personne admissible » par référence à la nature ou aux caractéristiques de diverses catégories de personnes ; toute personne à qui ce paragraphe s'applique peut prétendre à l'ensemble des avantages conférés par la Convention. Aux termes du paragraphe 3, une personne pourra bénéficier des avantages prévus par la

Convention au titre d'un élément de revenu même si elle n'est pas une personne admissible visée au paragraphe 2 dès lors que ce revenu provient de l'exercice actif d'une activité d'entreprise dans l'État de résidence de cette personne (sous réserve de certaines exceptions). Le paragraphe 4, relatif aux « avantages dérivés », autorise certaines entités détenues par des résidents d'autres États à bénéficier des avantages conférés par la Convention que ces résidents auraient obtenus s'ils avaient investi directement. Le paragraphe 5 autorise l'autorité compétente d'un État contractant à accorder les avantages prévus par la Convention dans les cas où les autres dispositions de la règle de la limitation des avantages s'opposeraient à l'octroi de ces avantages. Le paragraphe 6 contient un certain nombre de définitions applicables aux fins de cet article. Des commentaires détaillés expliquent les différentes dispositions de la règle de la limitation des avantages.

La règle du critère des objets principaux figurant dans le rapport intègre des principes déjà reconnus dans les commentaires sur l'article 1 du Modèle de Convention fiscale. Elle ouvre une voie permettant de s'attaquer de manière plus générale aux cas d'utilisation abusive des conventions, y compris aux situations de chalandage fiscal qui ne sont pas couverts par la règle de la limitation des avantages (comme certains mécanismes de financement faisant appel à des sociétés relais). Cette règle est la suivante :

Nonobstant les autres dispositions de la présente Convention, un avantage au titre de celle-ci ne sera pas accordé au titre d'un élément de revenu ou de capital si l'on peut raisonnablement conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi de cet avantage était un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction ayant permis, directement ou indirectement, de l'obtenir, à moins qu'il soit établi que l'octroi de cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la présente Convention.

Cette règle s'accompagne de commentaires et d'exemples qui expliquent et illustrent son application.

b) Recommandations portant sur d'autres limitations du bénéfice des conventions

Le rapport contient des recommandations supplémentaires en vue d'adopter des règles anti-abus spécifiques afin de s'attaquer à des stratégies, autres que le chalandage fiscal, qui visent à satisfaire aux conditions prévues par les conventions dans le but d'obtenir indûment les avantages accordés par certaines dispositions de celles-ci. Ces règles ciblées, qui sont complétées par la règle du critère des objets principaux décrite ci-avant,

ciblent (1) certaines transactions consistant à transférer des dividendes ; (2) les transactions visant à contourner l'application de la règle conventionnelle qui autorise l'État contractant dans lequel est situé un bien immobilier à imposer les actions de sociétés qui tirent principalement leur valeur de ces biens immobiliers ; (3) les situations dans lesquelles une entité est résidente de deux États contractants, et (4) les situations dans lesquelles l'État de résidence exonère les bénéficiaires d'établissements stables situés dans des États tiers et dans lesquelles des actions, créances, droits ou droits de propriété sont transférés vers des établissements stables créés dans des pays qui n'imposent pas le revenu de ces placements ou réservent un traitement préférentiel au revenu de ces actifs.

2. *Cas dans lesquels une personne tente de contourner les dispositions du droit fiscal national en utilisant les avantages prévus par les conventions*

La dernière partie de la section A concerne les situations dans lesquelles une personne tente de contourner les dispositions du droit fiscal national en utilisant les avantages prévus par les conventions. Le rapport reconnaît que l'adoption de règles anti-abus dans les conventions fiscales ne suffit pas à combattre les stratégies d'évasion fiscale qui cherchent à contourner le droit fiscal interne ; il faut pour cela adopter des règles internes anti-abus, notamment des règles susceptibles de résulter des travaux portant sur d'autres aspects du Plan d'action. Les travaux visant à empêcher l'octroi des avantages prévus par les conventions lorsque de telles stratégies sont déployées doivent veiller à ce que les conventions ne fassent pas obstacle à l'application de ces règles internes anti-abus : dans de tels cas, il serait inapproprié d'accorder les avantages de ces dispositions de la Convention dans la mesure où ils permettraient d'échapper à une imposition interne.

Le rapport fait référence aux parties des Commentaires sur le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE qui abordent déjà ce problème. Il indique que des travaux supplémentaires peuvent être nécessaires pour tenir compte des recommandations visant à concevoir de nouvelles règles du droit interne susceptibles de résulter des travaux conduits sur d'autres aspects du Plan d'action, en particulier l'Action 2 (Neutraliser les effets des montages hybrides), l'Action 3 (Renforcer les règles relatives aux SEC), l'Action 4 (Limiter l'érosion de la base d'imposition via les déductions d'intérêts et autres frais financiers) et les Actions 8, 9 et 10 qui traitent des prix de transfert.

Le rapport recommande qu'une nouvelle règle du critère des objets principaux qui incorporera le principe déjà reconnu au paragraphe 9.5 des Commentaires sur l'article 1 du Modèle soit incluse dans les conventions

fiscales. L'incorporation de ce principe dans les conventions fiscales permettra d'indiquer clairement que les États contractants s'opposent à l'application des dispositions de la convention qu'ils concluent lorsque des montages ou transactions sont exécutées pour obtenir les avantages de ces dispositions dans des circonstances inappropriées. Le rapport recommande d'inclure des orientations supplémentaires dans les Commentaires sur le Modèle afin de préciser que l'incorporation de ce principe dans une convention fiscale ne modifie pas les conclusions déjà formulées en ce qui concerne l'interaction entre les conventions et les règles internes anti-abus.

Le rapport analyse également deux problèmes particuliers liés à l'interaction entre les conventions et les règles anti-abus spécifiques du droit interne. Le premier concerne l'application de conventions fiscales afin de restreindre le droit d'un État contractant d'imposer ses propres résidents. Le rapport préconise que le principe selon lequel les conventions ne restreignent pas le droit d'un État d'imposer ses propres résidents (sous réserve de certaines exceptions) devrait être expressément reconnu par l'ajout d'une nouvelle disposition basée sur la clause dite « de sauvegarde » que l'on trouve déjà dans les conventions fiscales conclues par les États-Unis. Le second problème concerne les taxes dites de départ ou de sortie, en vertu desquelles l'impôt sur certains types de revenus à percevoir par un résident (personne physique ou morale) devient exigible lorsque ce résident cesse d'être un résident de cet État. Le rapport recommande d'apporter des modifications aux Commentaires figurant dans le Modèle de Convention fiscale afin de préciser que les conventions n'empêchent pas l'application de ces taxes.

B. Précision que les conventions fiscales ne doivent pas être utilisées pour générer une double non-imposition

La section B du rapport concerne la deuxième partie des travaux prescrits par l'Action 6, consistant à « préciser que les conventions fiscales ne doivent pas être utilisées pour générer une double non-imposition ». Cette clarification est apportée en reformulant le titre et le préambule du Modèle de Convention fiscale afin de mentionner clairement que l'intention conjointe des signataires d'une convention fiscale est d'éliminer la double imposition sans créer de possibilités d'évasion et de fraude fiscales. Étant donné que les pratiques de chalandage fiscal sont un sujet particulier de préoccupation, il a été décidé de mentionner expressément ces mécanismes en tant qu'exemple d'évasion fiscale qui ne doit pas être le résultat de conventions fiscales. Selon les règles du droit international public applicables, la déclaration claire de l'intention des signataires d'une convention fiscale sera importante pour l'interprétation et l'application des dispositions de cette convention.

C. *Considérations de politique fiscale que les pays doivent, de façon générale, prendre en compte avant de décider de conclure une convention fiscale avec un autre pays*

La section C du rapport concerne la troisième partie des travaux prescrits par l'Action 6, consistant à « cerner les considérations de politique fiscale que les pays doivent, de façon générale, prendre en compte avant de décider de conclure une convention fiscale avec un autre pays ». Les considérations de politique fiscale décrites dans cette section doivent permettre aux pays de justifier plus facilement leur décision de ne pas conclure de convention fiscale avec certains pays à fiscalité faible ou nulle ; en outre, ces considérations seront également pertinentes pour trancher la question de savoir si un pays devrait modifier ou non (ou, en dernier ressort, dénoncer ou non) une convention conclue précédemment au cas où un changement dans les circonstances (comme des modifications du droit interne d'un partenaire de la convention) suscite, en lien avec cette convention, des préoccupations en termes d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices. Toutefois, il a aussi été admis qu'il existe de nombreuses considérations non fiscales qui peuvent mener à la conclusion, la modification ou la dénonciation d'une convention fiscale et que chaque pays a le droit souverain de décider de le faire ou non.

Introduction

1. À la demande du G20, l'OCDE a publié son *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices* (le « Plan d'action »)¹ en juillet 2013. Le Plan d'action « BEPS » (selon l'acronyme anglais) comprend 15 actions visant à résoudre le problème de l'érosion de la base d'imposition et du transfert de bénéfices et fixe des échéances pour la mise en œuvre de ces actions.

2. Le Plan d'action mentionne l'utilisation abusive des conventions fiscales et, en particulier, le chalandage fiscal comme l'un des plus importants sujets de préoccupation dans le domaine de l'érosion de la base

d'imposition et du transfert de bénéfiques. L'Action 6 (Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales) décrit les travaux à mener dans ce domaine. Le passage concerné du Plan d'action se lit comme suit :

Les règles fiscales nationales et internationales existantes doivent être modifiées afin d'aligner plus étroitement la répartition du revenu sur l'activité économique qui génère ce revenu :

L'utilisation abusive des conventions fiscales est l'un des principaux vecteurs des pratiques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfiques. Les Commentaires sur l'article 1 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE contiennent déjà un certain nombre d'exemples de dispositions qui pourraient permettre de s'attaquer au chalandage fiscal et aux autres cas d'usage abusif des conventions susceptibles d'aboutir à une double non-imposition. De strictes clauses anti-abus des conventions associées à l'exercice des droits d'imposition prévus par la législation nationale contribueront à rétablir l'imposition dans le pays de la source dans un certain nombre de cas.

Action 6 – Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales

Élaborer des dispositions conventionnelles types et des recommandations visant à concevoir des règles nationales qui empêchent que les avantages prévus par les conventions puissent être accordés lorsque les circonstances ne s'y prêtent pas. On s'efforcera également de préciser que les conventions fiscales ne doivent pas être utilisées pour générer une double non-imposition, et de cerner les considérations de politique fiscale que les pays doivent, de façon générale, prendre en compte avant de décider de conclure une convention fiscale avec un autre pays. Ces travaux seront menés en coordination avec ceux consacrés aux montages hybrides.

3. Le présent rapport est le fruit des travaux menés dans trois domaines distincts cités dans l'Action 6 :

- A. Élaborer des dispositions conventionnelles types et des recommandations visant à concevoir des règles nationales qui empêchent que les avantages prévus par les conventions puissent être accordés lorsque cela n'est pas justifié
- B. Préciser que les conventions fiscales ne doivent pas être utilisées pour générer une double non-imposition.
- C. Cerner les considérations de politique fiscale que les pays doivent, de façon générale, prendre en compte avant de décider de conclure une convention fiscale avec un autre pays.

4. Les conclusions des travaux réalisés dans ces trois domaines distincts correspondent respectivement aux sections A, B et C du présent rapport. Elles se traduisent par des modifications apportées au Modèle de Convention fiscale (dans le présent rapport, toutes les modifications du texte existant du Modèle de Convention fiscale qui sont proposées apparaissent en *italiques et en gras* pour les ajouts et en ~~texte raté~~ pour les suppressions).

5. Ces modifications sont la concrétisation de l'accord qui s'est fait jour autour de l'idée que le Modèle de Convention de l'OCDE doit être modifié afin de garantir un niveau minimum de protection contre le risque d'utilisation abusive, y compris contre le chalandage fiscal, tel que décrit dans la synthèse et au paragraphe 14 du présent rapport, sachant que ce niveau de protection minimum est nécessaire pour pouvoir s'attaquer effectivement à l'érosion de la base d'imposition et au transfert de bénéfices. Si le fait que des modifications doivent être apportées au Modèle de Convention de l'OCDE suscite un consensus, il est également admis que d'autres travaux doivent être entrepris concernant le contenu précis des dispositions modèles et des Commentaires y afférents figurant dans la section A de ce rapport, en particulier la règle de la limitation des avantages. D'autres travaux sont également nécessaires concernant la mise en œuvre du niveau minimum de protection et concernant les considérations de politique fiscale relatives au traitement, dans les conventions, des OPC et autres fonds de placement. Les dispositions modèles et les Commentaires y afférents figurant dans la section A du présent rapport doivent donc être considérés comme un travail inachevé devant être amélioré avant la publication de la version finale en septembre 2015. Certaines modifications répondront à la nécessité de prendre en compte des changements apportés à d'autres sections du Plan d'action BEPS, la logique étant de s'inscrire dans la démarche globale qui caractérise le Plan d'action BEPS. Par exemple, il a été considéré, lors de la rédaction de la disposition relative à la limitation des avantages qui figure dans la section A.1 ci-après, que l'Action 5 (Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance) et l'Action 8 (Actifs incorporels) répondront aux inquiétudes face au risque d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices que pourrait susciter une disposition sur les avantages dérivés ; cette disposition, ainsi que tout autre dispositif destiné à apporter une réponse aux préoccupations ayant trait à l'érosion de la base d'imposition et au transfert de bénéfices, devra dès lors être revue en fonction du résultat des travaux relatifs à ces différentes actions. De même, la section A.2, qui traite de la relation entre les règles anti-abus nationales et les clauses anti-abus des conventions fiscales, devra prendre en compte les recommandations relatives à la conception de nouvelles règles nationales pouvant émerger des travaux consacrés à diverses actions, en particulier l'Action 2 (Neutraliser les effets des montages hybrides), l'Action 3

(Renforcer les règles relatives aux SEC), l'Action 4 (Limiter l'érosion de la base d'imposition via les déductions d'intérêts et autres frais financiers) et les Actions 8, 9 et 10, qui concernent les prix de transfert.

6. Lors de l'examen des dispositions modèles incluses dans ce rapport, il importe aussi de noter que ces dispositions doivent servir de modèles et qu'il convient de les adapter aux particularités des différents États et aux circonstances de la négociation des conventions bilatérales. Par exemple :

- Dans certains pays, il peut exister des restrictions, imposées par la constitution de ces pays ou le droit communautaire européen, qui empêchent d'adopter la formulation exacte des dispositions telles que recommandées dans le présent rapport.
- Dans certains pays, il peut exister des règles anti-abus qui empêchent effectivement certaines utilisations abusives des conventions décrites dans le présent rapport et, dans la mesure où ces règles sont conformes aux principes définis dans le présent rapport (et, en particulier, dans la section A.2) et offrent la protection minimum visée au paragraphe 14 ci-après, ces pays peuvent ne pas avoir besoin de certaines règles proposées dans le rapport.
- De même, les tribunaux de certains pays ont mis en place diverses règles jurisprudentielles (par exemple, la règle de substance économique et le principe de la primauté du fond sur la forme) qui permettent de combattre efficacement diverses formes d'abus du droit interne et d'abus des conventions, et ces pays pourraient faire l'économie de la disposition générale anti-abus reprise dans la sous-section A.1(a)(ii) ci-après ou préférer une version de portée plus restreinte de cette disposition (voir par exemple le paragraphe 15 de la proposition de Commentaires figurant au paragraphe 17 ci-après).
- La capacité administrative de certains pays pourrait les empêcher d'appliquer certaines règles conventionnelles précises et les contraindre à opter pour des dispositions anti-abus de portée plus générale.

Un certain nombre de modèles de dispositions inclus dans le présent rapport offrent dès lors d'autres solutions et une certaine flexibilité. Il y a toutefois accord sur le fait que ces solutions servent un but commun, faire en sorte que les États prévoient dans les conventions des mesures de protection suffisantes pour prévenir les utilisations abusives de ces conventions, en particulier le chalandage fiscal. C'est la raison pour laquelle il est préconisé dans le rapport de veiller à garantir un niveau de protection minimum (voir paragraphe 14 ci-après).

A. Dispositions conventionnelles et/ou règles nationales destinées à empêcher l’octroi inopportun d’avantages prévus par les conventions

7. Afin de déterminer le meilleur moyen d’empêcher l’octroi inopportun d’avantages prévus par les conventions fiscales, il a été jugé utile de distinguer deux types de cas :²

1. Les cas dans lesquels une personne tente de contourner les limitations prévues par la Convention elle-même.
2. Les cas dans lesquels une personne tente de contourner les dispositions du droit fiscal national en utilisant les avantages prévus par les conventions.

8. Étant donné que le premier type de cas concerne des situations dans lesquelles une personne cherche à contourner des règles spécifiques prévues par des conventions fiscales, il est peu probable que ces situations sont visées par les règles spécifiques anti-abus inscrites dans le droit national. Malgré le fait qu’une règle nationale anti-abus de portée générale pourrait empêcher l’octroi d’avantages prévus par une convention dans de tels cas, une démarche plus directe consiste à rédiger des règles anti-abus devant figurer dans les conventions. La situation est différente dans le second type de cas : ceux-ci concernent des situations où une personne contourne des dispositions du droit fiscal national et qui ne peuvent donc pas être traitées uniquement par des dispositions inscrites dans les conventions, mais nécessitent des règles nationales anti-abus, ce qui pose le problème de l’interaction entre les conventions fiscales et ces règles nationales.

1. Cas dans lesquels une personne tente de contourner les limitations prévues par la Convention

a) Chalandage fiscal

9. La première condition que doit remplir une personne qui cherche à obtenir des avantages au titre d’une convention fiscale est qu’elle doit être « un résident d’un État contractant » tel que défini à l’article 4 du Modèle de Convention fiscale de l’OCDE. Il existe un certain nombre de mécanismes par lesquels une personne qui n’est pas un résident d’un État contractant tente de bénéficier des avantages prévus par une convention fiscale à un résident de cet État. Ces mécanismes sont généralement qualifiés de « chalandage fiscal ». Les cas de chalandage fiscal concernent généralement des personnes qui sont résidentes d’un troisième État et tentent de bénéficier

indirectement des avantages prévus par une convention conclue entre deux États.³

10. L'OCDE s'est déjà penchée dans le passé sur le problème du chalandage fiscal dans différents contextes :

- Le concept de « bénéficiaire effectif » a été introduit dans le Modèle de Convention fiscale en 1977 en vue de traiter les situations simples de chalandage fiscal dans lesquelles les revenus sont versés à un résident intermédiaire d'un pays signataire de la convention qui n'est pas considéré comme le bénéficiaire de ce revenu à des fins d'imposition (tel qu'un agent ou mandataire). Dans le même temps, une nouvelle section succincte intitulée « Usage incorrect de la Convention » (comprenant deux exemples de chalandage fiscal) a été ajoutée aux Commentaires sur l'article 1, et le Comité a indiqué qu'il avait l'intention « d'approfondir l'étude de ces phénomènes et des autres moyens de les combattre ».
- Cette étude approfondie a débouché en 1986 sur la production de deux rapports intitulés respectivement *Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés écran* et *Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés relais*,⁴ le problème du chalandage fiscal étant surtout traité dans le second rapport.
- En 1992, à la suite de la publication du rapport intitulé *Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés relais*, divers exemples de dispositions visant différents aspects du chalandage fiscal ont été ajoutés dans la section « Usage incorrect de la Convention » des Commentaires sur l'article 1. Ces exemples incluent les dispositions actuellement reproduites aux paragraphes 13 à 19 des Commentaires sur l'article 1, sous la rubrique « Cas des sociétés relais ».
- En 2003, dans le prolongement du rapport *La limitation du droit aux avantages des conventions fiscales*⁵ (rédigé suite au rapport *Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial*, publié en 1998)⁶, de nouveaux paragraphes visant à préciser la signification de l'expression « bénéficiaire effectif » ont été ajoutés aux Commentaires sur les articles 10, 11 et 12 et la rubrique « Usage incorrect de la Convention » a été fortement enrichie à l'aide d'exemples supplémentaires de règles anti-abus, notamment une disposition exhaustive sur la limitation des avantages s'inspirant de la disposition figurant dans le Modèle des États-Unis de 1996⁷ ainsi qu'une disposition anti-abus basée sur le critère des objets principaux

inspirée de la pratique suivie par le Royaume-Uni et applicable aux articles 10, 11, 12 et 21.⁸

- Enfin, d'autres travaux sur la clarification de la notion de « bénéficiaire effectif », ayant entraîné des modifications aux Commentaires sur les articles 10, 11 et 12 qui ont été intégrés dans le Modèle de Convention fiscale lors de la mise à jour de 2014, ont permis à l'OCDE de mesurer les limites de l'utilisation de ce concept pour aborder diverses situations de chalandage fiscal. Comme indiqué au paragraphe 12.5 des Commentaires sur l'article 10, « [b]ien que le concept de « bénéficiaire effectif » règle certaines formes d'évasion fiscale (notamment celles qui impliquent l'interposition d'un récipiendaire tenu de céder le dividende à une tierce personne), il ne couvre pas d'autres cas de chalandage fiscal et, par conséquent, ne doit pas être considéré comme limitant d'une quelconque façon l'application d'autres approches pour résoudre ces situations. »

11. Un examen des pratiques suivies par les pays membres et non membres de l'OCDE en ce qui concerne les conventions montre que les pays utilisent différentes méthodes pour tenter de résoudre les problèmes de chalandage fiscal qui ne sont pas déjà visés par les dispositions du Modèle de Convention fiscale. Compte tenu des avantages et des limites de ces méthodes, il est recommandé de suivre une démarche en trois temps :

- Premièrement, il est recommandé de faire figurer dans le titre et le préambule des conventions fiscales une mention indiquant clairement que les États contractants, lorsqu'ils concluent une convention, souhaitent empêcher l'évasion fiscale et, en particulier, entendent éviter de créer des possibilités de chalandage fiscal (cette recommandation figure dans la section B du présent rapport). Deuxièmement, il est recommandé d'inclure dans les conventions fiscales une règle spécifique anti-abus s'inspirant des dispositions relatives à la limitation des avantages figurant dans les conventions conclues par les États-Unis et quelques autres pays (la « règle de la limitation des avantages »). Cette règle spécifique vise un grand nombre de situations de chalandage fiscal et tient compte de la nature juridique des résidents d'un État contractant, de leurs activités en général et de leurs actionnaires (cette recommandation figure dans la sous-section A.1(a)(i) ci-après). Troisièmement, pour combattre d'autres formes d'utilisation abusive des conventions fiscales, notamment les situations de chalandage fiscal qui ne seraient pas couvertes par la règle de la limitation des avantages décrite à l'alinéa précédent (comme certains mécanismes de financement par des sociétés relais), il est recommandé d'ajouter aux

conventions fiscales une règle anti-abus de portée plus générale faisant référence aux objets principaux des montages ou transactions (critère des objets principaux ou « COP »). Cette règle permettra d'ancrer dans les conventions fiscales les principes déjà énoncés aux paragraphes 9.5, 22, 22.1 et 22.2 des Commentaires sur l'article 1, selon lesquels les avantages d'une convention fiscale ne devraient pas être accordés lorsqu'un des objets principaux des montages ou des transactions concernés est de bénéficier d'un avantage en vertu d'une convention fiscale et que l'octroi de cet avantage dans de telles circonstances serait contraire à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la convention fiscale (cette recommandation figure dans la sous-section A.1(a)(ii) ci-après).

12. Le fait d'associer la règle de la limitation des avantages et la règle du critère des objets principaux décrits précédemment permet une reconnaissance du fait que chaque règle a ses forces et ses faiblesses. Par exemple, les diverses dispositions de la règle de limitation des avantages sont fondées sur des critères objectifs offrant plus de certitude que le critère des objets principaux, lequel nécessite une analyse au cas par cas de ce que l'on peut raisonnablement considérer comme un des objets principaux des montages ou transactions. La règle de la limitation des avantages est dès lors utile en tant que règle spécifique anti-abus visant des situations de chalandage fiscal repérées à l'aide de critères se rapportant à la nature juridique de certaines entités, à leurs activités générales et à l'identité de ceux qui les détiennent. Cette règle est toutefois uniquement axée sur le chalandage fiscal et ne permet pas de s'attaquer à d'autres formes d'utilisation abusive des conventions ; elle ne vise pas non plus certaines formes de chalandage fiscal, comme les mécanismes de financement par des sociétés relais, par lesquels un résident d'un État contractant pouvant prétendre par ailleurs au bénéfice des avantages des conventions est utilisé comme intermédiaire par des personnes n'ayant elles-mêmes pas droit à ces avantages.

13. La solution consistant à combiner la règle de la limitation des avantages et le critère des objets principaux peut ne pas convenir pour tous les pays. Par exemple, comme indiqué au paragraphe 6 précédent, il se peut qu'il existe dans certains pays des règles nationales anti-abus ou que les tribunaux aient élaboré diverses règles jurisprudentielles (par exemple, la règle de substance économique, et le principe de la primauté du fond sur la forme) permettant de viser efficacement diverses formes d'utilisation abusive du droit interne et des conventions, et il se peut que ces pays n'aient pas besoin de la disposition générale anti-abus figurant dans la sous-section A.1(a)(ii) ci-après ou qu'ils donnent la préférence à une version de portée plus restreinte de cette disposition. Il est aussi admis que la règle de

la limitation des avantages devra être adaptée pour tenir compte de certains facteurs mentionnés au paragraphe 6 ci-avant (par exemple, les restrictions prévues par la constitution d'un pays ou par le droit communautaire européen) ainsi que de certains choix stratégiques concernant d'autres aspects d'une convention fiscale bilatérale entre deux États contractants (notamment le traitement des organismes de placement collectif).

14. Tant que l'approche effectivement adoptée par les pays permet de lutter contre l'utilisation abusive des conventions fiscales en respectant les grandes lignes tracées dans le présent rapport, une certaine flexibilité est donc possible. Les pays doivent cependant accepter à tout le moins de faire figurer dans leurs conventions fiscales une déclaration explicite indiquant que leur intention commune est d'éliminer la double imposition sans créer de possibilités de non-imposition ou d'imposition réduite résultant de comportements de fraude ou d'évasion fiscale, imputables notamment au recours à des mécanismes de chalandage fiscal (voir section B) ; ils devraient également donner corps à cette intention commune soit en adoptant l'approche associant la règle de la limitation des avantages et le critère des objets principaux qui est décrite au paragraphe 11 (sous réserve des adaptations nécessaires mentionnées au paragraphe 6 précédent), soit en adoptant le critère des objets principaux, ou la règle de la limitation des avantages complétée par un mécanisme (tel que la disposition figurant au paragraphe 15 des Commentaires sur la règle du critère des objets principaux apparaissant dans la sous-section A.1 (a)(ii) ci-après ou des règles législatives ou jurisprudentielles anti-abus nationales aboutissant à un résultat similaire) permettant de viser les systèmes de recours à des sociétés-relais qui ne sont pas encore traités dans les conventions fiscales. 15.

D'autres recommandations figurant dans le présent rapport contribueront également à empêcher le chalandage fiscal. Par exemple, les propositions de règles spécifiques anti-abus figurant dans la sous-section A.1(b) visent certaines formes spécifiques de chalandage fiscal, comme les stratégies visant à utiliser un établissement stable situé dans un pays où l'impôt est faible afin de tirer profit de la méthode d'exemption applicable par un État contractant. La section C, dans laquelle sont énoncées les considérations de politique fiscale que les États doivent généralement prendre en compte avant de décider de conclure une convention fiscale avec un autre pays, peut aussi être utile pour réduire les possibilités de chalandage fiscal. Par ailleurs, l'approche recommandée au paragraphe 11 précédent n'a pas une portée limitée aux cas de chalandage fiscal et contribuera également à empêcher l'octroi inopportun des avantages des conventions fiscales, comme c'est le cas, en particulier, pour la disposition générale anti-abus mentionnée à la fin de ce paragraphe.

i) Règle de la limitation des avantages

16. La règle spécifique anti-abus suivante, qui vise le chalandage fiscal, à savoir la règle de la limitation des avantages, est inspirée des dispositions que l'on trouve déjà dans un certain nombre de conventions fiscales, principalement dans des conventions conclues par les États-Unis, mais aussi dans certaines conventions conclues par le Japon et l'Inde. Les Commentaires détaillés qui suivent l'énoncé de la règle contiennent une explication de divers aspects de cette règle et, dans certains cas des suggestions d'aménagements possibles. Sachant que le présent rapport met l'accent sur les principales caractéristiques de la règle, un certain nombre de questions techniques, notamment des questions sur lesquelles les résultats d'autres composantes du Plan d'action BEPS auront peut-être une incidence, demeurent en suspens. Comme indiqué au paragraphe 5, d'autres travaux seront nécessaires pour résoudre ces questions.

ARTICLE X

DROIT AUX AVANTAGES

1. *Sauf dispositions contraires du présent article, un résident d'un État contractant ne peut bénéficier d'un avantage conféré par la Convention (autre qu'un avantage prévu au paragraphe 3 de l'article 4, au paragraphe 2 de l'article 9 ou à l'article 25), sauf si ce résident est une « personne admissible », telle que définie au paragraphe 2, à la date à laquelle l'avantage serait accordé.*

2. *Un résident d'un État contractant est une personne admissible à la date à laquelle l'avantage serait par ailleurs accordé en vertu de la Convention si, à cette date, cette personne est :*

- a) *une personne physique ;***
- b) *un État contractant, ou une subdivision politique ou une collectivité locale de cet État, ou une personne entièrement détenue par cet État, cette subdivision politique ou cette collectivité locale ;***
- c) *une société ou une entité si, pendant la durée de la période d'imposition incluant cette date***
 - i) *la principale catégorie de ses actions (et toute catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés) fait régulièrement l'objet de transactions sur un ou plusieurs marchés boursiers reconnus et :***

- A) la principale catégorie de ses actions fait principalement l'objet de transactions sur un ou plusieurs marchés boursiers reconnus dans l'État contractant dont la société ou l'entité est résidente ; ou*
- B) le siège principal de direction et de contrôle de la société ou de l'entité se situe dans l'État contractant dont elle est résidente ; ou*
- ii) au moins 50 pour cent du total des droits de vote et de la valeur des actions (et au moins 50 pour cent de toute catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés) de la société ou de l'entité sont détenus directement ou indirectement par au plus cinq sociétés et entités ayant droit aux avantages aux termes du sous-alinéa i) du présent alinéa [sous réserve que, dans le cas d'une détention indirecte, chaque détenteur intermédiaire soit résident de l'un ou l'autre des États contractants] ;*
- d) une personne, autre qu'une personne physique, qui*
- i) est [liste des organisations à but non lucratif concernées de chaque État contractant],*
- ii) a été constituée et est gérée exclusivement dans le but d'administrer ou de verser des pensions ou prestations similaires, à condition que 50 pour cent des intérêts bénéficiaires dans cette personne soient détenus par des personnes physiques résidentes de l'un ou l'autre des États contractants, ou*
- iii) a été constituée et est gérée en vue de placer des fonds pour le compte de personnes visées au sous-alinéa ii), sous réserve que la quasi-totalité des revenus de cette personne provienne de placements effectués pour le compte de ces personnes ;*
- e) une personne, autre qu'une personne physique, si*
- i) pendant au moins la moitié des jours compris dans la période d'imposition incluant cette date, des personnes qui sont résidentes de cet État contractant et ont droit aux avantages de la Convention en vertu des alinéas a), b) ou d), ou du sous-alinéa i) de l'alinéa c), de ce paragraphe, détiennent, directement ou indirectement, des actions représentant au moins 50 pour cent du total des droits de vote et de la valeur des actions (et au moins 50 pour cent de toute catégorie d'actions conférant des droits*

disproportionnés) [sous réserve que, dans le cas d'une détention indirecte, chaque détenteur intermédiaire soit résident de cet État contractant], et

- ii) moins de 50 pour cent du revenu brut de la personne, tel que calculé dans l'État de résidence de cette personne, au titre de la période d'imposition incluant la date à laquelle ce revenu est versé ou dû, directement ou indirectement, à des personnes qui ne sont résidentes d'aucun des États contractants ayant droit aux avantages de la Convention en vertu de l'alinéa a), b) ou d), ou du sous-alinéa i) de l'alinéa c), de ce paragraphe, sous la forme de paiements déductibles, aux fins des impôts visés par la Convention, dans l'État de résidence de la personne (sauf paiements de pleine concurrence effectués dans le cadre ordinaire d'activités d'entreprise au titre de services ou biens corporels) ;*

- f) [disposition éventuelle sur les organismes de placement collectif]¹*

[Note de bas de page 1 :] Cet alinéa sera rédigé (ou omis) en fonction de la manière dont les organismes de placement collectif sont traités dans la Convention et sont utilisés et traités par chacun des États contractants : voir les Commentaires sur l'alinéa et sur les paragraphes 6.4 à 6.38 des Commentaires sur l'article 1.]

- 3. a) Un résident d'un État contractant pourra, qu'il soit ou non une personne admissible, bénéficier des avantages prévus par la présente Convention au titre d'un élément de revenu ayant sa source dans l'autre État contractant si ce résident exerce activement une activité d'entreprise dans le premier État (autre que l'activité consistant à réaliser ou gérer des placements pour son propre compte, à moins qu'il ne s'agisse d'activités bancaires, d'assurance ou d'activités portant sur des valeurs mobilières effectuées par une banque, ou [liste des établissements financiers assimilables à des banques que les États contractants décident de considérer comme tels], une compagnie d'assurance ou un opérateur sur titres agréé), si le revenu tiré de l'autre État contractant est lié à cette activité ou s'il en constitue un élément accessoire.*
- b) Si un résident d'un État contractant tire un élément de revenu d'une activité d'entreprise qu'il exerce dans l'autre État*

contractant, ou reçoit d'une entreprise associée un élément de revenu provenant de cet autre État, les conditions décrites à l'alinéa a) seront considérées comme remplies s'agissant de cet élément de revenu seulement si l'activité d'entreprise exercée par le résident dans le premier État mentionné présente un caractère substantiel par rapport aux activités exercées par le résident ou l'entreprise associée dans l'autre État contractant. Aux fins de l'application du présent paragraphe, le caractère substantiel de l'activité d'entreprise sera déterminé en prenant en compte l'ensemble des faits et circonstances propres à chaque cas.

- c) *Aux fins de l'application du présent paragraphe, les activités exercées par des personnes liées à une autre personne seront réputées être exercées par cette dernière. Une personne sera considérée comme liée à une autre si elle possède au moins 50 pour cent des intérêts bénéficiaires dans l'autre (ou, dans le cas d'une société, au moins 50 pour cent du total des droits de vote et de la valeur des actions de la société ou de la participation effective détenue dans le capital de la société) ou si une autre personne possède au moins 50 pour cent des intérêts bénéficiaires dans chacune d'elles (ou, dans le cas d'une société, au moins 50 pour cent du total des droits de vote et de la valeur des actions de la société ou de la participation effective détenue dans le capital de la société). Dans tous les cas, une personne sera considérée comme liée à un autre si, au vu de l'ensemble des faits et circonstances propres à chaque cas, l'une contrôle l'autre ou si les deux sont contrôlées par la même personne ou les mêmes personnes.*

[4. Une société résidente d'un État contractant aura également droit à un avantage conféré par la Convention si, au moment où l'avantage devrait être accordé,

- a) *au moins 95 pour cent du total des droits de vote et de la valeur des actions de la société (et au moins 50 pour cent de toute catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés) sont détenus, directement ou indirectement, par au plus sept personnes qui sont des bénéficiaires équivalents, sous réserve que, dans le cas d'une détention indirecte, chaque détenteur intermédiaire soit lui-même un bénéficiaire équivalent, et*
- b) *moins de 50 pour cent du revenu brut de la société, tel que calculé dans l'État de résidence de cette dernière, au titre de la période d'imposition incluant la date à laquelle ce revenu est*

versé ou dû, directement ou indirectement, à des personnes qui ne sont pas des bénéficiaires équivalents, sous la forme de paiements (sauf paiements de pleine concurrence effectués dans le cadre ordinaire d'activités d'entreprise au titre de services ou biens corporels) déductibles aux fins des impôts visés par la Convention dans l'État de résidence de la société.]

5. *Si un résident d'un État contractant ne peut bénéficier, en vertu des dispositions précédentes du présent article, de l'ensemble des avantages conférés par la Convention, l'autorité compétente de l'État contractant qui aurait par ailleurs dû accorder les avantages auxquels il n'a pas droit le traitera néanmoins comme s'il avait droit à ces avantages, ou s'il avait droit à des avantages à l'égard d'un élément de revenu ou de capital en particulier, dès lors qu'elle estime, à la demande du résident et après examen des faits et circonstances propres à chaque cas, que l'un des principaux objets de l'établissement, de l'acquisition ou du maintien du résident et de l'exercice de ses activités n'était pas de bénéficier des avantages de la Convention. L'autorité compétente de l'État contractant à laquelle la demande a été adressée consultera l'autorité compétente de l'autre État avant de rejeter une demande présentée par un résident de l'autre État en vertu du présent paragraphe.*

6. *Aux fins des dispositions précédentes du présent article :*

- a) *l'expression « marché boursier reconnu » désigne :*
 - i) *[liste des marchés boursiers agréés à la date de la signature] et*
 - ii) *tout autre marché boursier que les autorités compétentes des États contractants conviennent de reconnaître ;*
- b) *l'expression « principale catégorie d'actions » désigne les actions ordinaires de la société, sous réserve que cette catégorie d'actions représente la majorité des droits de vote et de la valeur de la société. Si ce n'est le cas d'aucune catégorie d'actions ordinaires, la « principale catégorie d'actions » est constituée des catégories qui, conjointement, représentent une majorité du total des droits de vote et de la valeur de la société. Dans le cas d'une société à double cotation, la principale catégorie d'actions sera déterminée après exclusion des actions à droit de vote spécial qui ont été émises pour créer la structure à double cotation ;*
- c) *l'expression « catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés » désigne les catégories d'actions d'une*

société résidente de l'un des États contractants qui permettent à l'actionnaire de bénéficier de droits de participation plus élevés, par voie de dividendes, de paiements lors de rachats d'action ou autrement, dans les revenus engendrés dans l'autre État contractant par des actifs particuliers ou des activités particulières de la société ;

d) le « siège principal de direction et de contrôle » d'une société sera situé dans l'État contractant dont elle est un résident seulement si les directeurs et les cadres supérieurs exercent, au quotidien, la responsabilité d'un plus grand nombre de décisions stratégiques, financières et opérationnelles pour la société (y compris ses filiales directes et indirectes) dans cet État contractant que dans tout autre État et si leurs collaborateurs exercent, au quotidien, davantage d'activités nécessaires à la préparation et à la prise de ces décisions dans cet État contractant que dans tout autre État ;

e) [définition possible de l'expression « organisme de placement collectif »]¹ ;

[Note de bas de page 1 : Une définition de l'expression « organisme de placement collectif » devrait être ajoutée si une disposition relative à ces organismes est incluse au paragraphe 2 (voir alinéa 2 f)] ;

[f) l'expression « bénéficiaire équivalent » désigne un résident de tout autre État, mais seulement si ce résident

i) A) pourrait prétendre à tous les avantages d'une convention de portée générale visant à éviter la double imposition conclue entre l'autre État et l'État auprès duquel l'octroi des avantages de la présente Convention est revendiqué en vertu de dispositions analogues à celles des alinéas a), b) ou d), ou du sous-alinéa i) de l'alinéa c), du paragraphe 2 du présent article, pour autant que, si cette convention ne contient pas un article complet sur la limitation des avantages, la personne pourrait prétendre aux avantages de la présente Convention en vertu des alinéa a), b) ou d), ou du sous-alinéa i) de l'alinéa c), du paragraphe 2 du présent article si cette personne était un résident de l'un des États en vertu de l'article 4 de la présente Convention ; et

B) en ce que concerne les revenus visés aux articles 10, 11 et 12 de la présente Convention, pourrait, en vertu de cette convention, bénéficier d'un taux d'imposition pour la catégorie particulière de revenus au titre desquels les

- avantages sont revendiqués en vertu de la présente Convention qui soit au moins aussi bas que le taux applicable en vertu de la présente Convention ; ou*
- ii) est un résident d'un État contractant qui peut prétendre aux avantages de la présente Convention en vertu de l'alinéa a), de l'alinéa b), du sous-alinéa i) de l'alinéa c), ou de l'alinéa d) du paragraphe 2 du présent article ;]*
- g) l'expression « structure à double cotation » désigne un mécanisme par lequel deux sociétés cotées en bourse, tout en conservant leur statut d'entités juridiques distinctes, des actionnariats distincts et des cotations distinctes, alignent leurs orientations stratégiques et les intérêts économiques de leurs actionnaires respectifs grâce :*
- i) à la constitution de conseils d'administration communs (ou pratiquement identiques), sauf dans les cas où les dispositions réglementaires les en empêchent ;*
 - ii) à la gestion unifiée des activités des deux sociétés ;*
 - iii) à des distributions équivalentes aux actionnaires par application d'une clé de répartition entre les deux sociétés, y compris en cas de liquidation de l'une des sociétés ou des deux ;*
 - iv) au fait que les actionnaires des deux sociétés votent dans les faits comme un organe décisionnel unique sur les questions importantes touchant à leurs intérêts conjugués ; et*
 - v) à des garanties croisées, ou un soutien financier similaire, pour des transactions ou engagements significatifs ou réciproques, sauf lorsque les dispositions réglementaires applicables ont pour effet d'empêcher l'octroi de ces garanties ou de ce soutien financier ; et*
- h) s'agissant des entités qui ne sont pas des sociétés, l'expression « actions » renvoie à des titres de participation qui sont comparables à des actions.*

Commentaires sur la règle de la limitation des avantages

Remarques préliminaires

1. Cet article contient des dispositions destinées à prévenir diverses formes de chalandage fiscal consistant pour des personnes qui ne sont pas des résidents d'un État contractant à créer une entité résidente de cet État afin de réduire ou de supprimer l'imposition dans l'autre État contractant grâce aux avantages de la convention fiscale conclue entre ces deux États.

Permettre à des personnes qui n'ont pas droit de manière directe aux avantages des conventions (comme la réduction ou l'exonération de la retenue à la source sur les dividendes, intérêts ou redevances) d'en bénéficier indirectement en recourant au chalandage fiscal revient à porter atteinte au caractère bilatéral et réciproque des conventions fiscales. Si, par exemple, un État sait que ses résidents peuvent bénéficier indirectement des avantages des conventions conclues par un autre État, il se peut qu'il n'ait guère d'intérêt à accorder des avantages réciproques aux résidents de cet autre État en concluant une convention fiscale avec cet État. Il se peut en effet que les avantages qui seraient obtenus indirectement dans une telle situation ne soient pas adéquats eu égard à la nature du système fiscal du premier État ; si par exemple cet État ne prélève pas d'impôt sur le revenu sur une catégorie de revenu donnée, il n'est pas opportun que les résidents de cet État bénéficient des dispositions d'une convention fiscale conclue entre deux autres États qui prévoient une réduction ou une exonération de l'imposition à la source pour cette catégorie de revenu et qui ont été élaborées en partant du principe que les deux États contractants imposeraient cette catégorie de revenu.

2. *Les dispositions du présent article visent à refuser l'octroi des avantages des conventions en présence de structures dont l'existence entraîne généralement l'octroi indirect des avantages d'une convention à des personnes qui n'y ont pas droit directement tout en admettant que, dans certains cas, des personnes qui ne sont pas résidentes d'un État contractant peuvent créer une entité dans cet État pour des motifs commerciaux légitimes. Bien que ces dispositions s'appliquent indépendamment du fait qu'une structure particulière ait, ou non, été créée à des fins de chalandage fiscal, l'article autorise l'autorité compétente d'un État contractant à accorder les avantages conférés par une convention, même lorsque les autres dispositions de l'article conduiraient à en refuser le bénéfice, dès lors que l'autorité compétente établit que la structure n'a pas parmi ses principaux objectifs d'obtenir l'octroi des avantages prévus par la Convention.*

3. *L'article limite la portée générale de l'article 1 selon lequel la Convention s'applique aux personnes résidentes d'un État contractant. Le paragraphe 1 de l'article prévoit qu'un résident d'un État contractant n'a pas droit aux avantages de la Convention sauf s'il s'agit d'une « personne admissible » telle que définie au paragraphe 2 ou si les avantages sont accordés au titre des dispositions des paragraphes 3, 4 ou 5. On trouve dans le paragraphe 2 la définition d'une « personne admissible » en référence à la nature ou aux caractéristiques de diverses catégories de personnes ; toute personne auquel ce paragraphe s'applique a droit à tous*

les avantages de la Convention. Le paragraphe 3 prévoit qu'une personne a droit aux avantages de la Convention au titre d'un élément de revenu, même s'il ne s'agit pas d'une « personne admissible » au sens du paragraphe 2, pour autant que cet élément de revenu provienne de l'exercice actif d'une activité commerciale ou industrielle dans l'État de résidence de cette personne (sous réserve de quelques exceptions). Au paragraphe 4 est énoncée une règle relative aux « avantages dérivés » qui autorise certaines entités détenues par des résidents d'États tiers à bénéficier des avantages de la Convention dès lors qu'ils auraient obtenu des avantages équivalents s'ils avaient investi directement. Le paragraphe 5 contient des dispositions autorisant l'autorité compétente d'un État contractant à accorder les avantages conférés par la Convention lorsque les autres dispositions de l'article auraient par ailleurs conduit à refuser de les octroyer. Le paragraphe 6 contient un certain nombre de définitions applicables aux fins du présent article.

Paragraphe 1

1. Sauf dispositions contraire du présent article, un résident d'un État contractant ne peut bénéficier d'un avantage qui serait par ailleurs accordé par la présente Convention (autre qu'un avantage accordé au titre du paragraphe 3 de l'article 4, du paragraphe 2 de l'article 9, ou de l'article 25), à moins que ce résident soit une « personne admissible », telle que définie au paragraphe 2, au moment où l'avantage serait accordé.

4. Le paragraphe 1 prévoit qu'un résident d'un État contractant tel que défini à l'article 4 aura uniquement droit aux avantages accordés par ailleurs aux résidents d'un État contractant en vertu de la Convention s'il est une « personne admissible » telle que définie au paragraphe 2 ou si ces avantages sont accordés par ailleurs au titre des paragraphes 3, 4 ou 5. Les avantages accordés par ailleurs au titre de la Convention à un résident d'un État contractant tiennent compte de toutes les limitations des droits d'imposition des États contractants prévues aux articles 6 à 21, de la suppression de la double imposition prévue à l'article 23 et de la protection accordée aux résidents d'un État contractant en vertu de l'article 24. L'article ne restreint toutefois pas la possibilité de bénéficier des avantages de la Convention prévus au paragraphe 3 de l'article 4, au paragraphe 2 de l'article 9 ou à l'article 25 ou au titre des quelques dispositions de la Convention n'exigeant pas qu'une personne soit résidente d'un État contractant pour pouvoir bénéficier des avantages de ces dispositions (notamment des dispositions du paragraphe 1 de

l'article 24, dans la mesure où elles s'appliquent aux ressortissants nationaux qui ne sont résidents d'aucun des États contractants).

5. *Le paragraphe 1 n'a en aucune façon pour effet d'étendre le champ des avantages conférés par la Convention. Un résident d'un État contractant qui est une « personne admissible » au sens du paragraphe 2 n'en doit pas moins, en effet, satisfaire aux conditions imposées par les autres dispositions de la Convention pour obtenir ces avantages (il doit par exemple être le bénéficiaire effectif des dividendes pour pouvoir bénéficier des dispositions du paragraphe 2 de l'article 10) et ces avantages peuvent lui être refusés ou limités en vertu de règles anti-abus applicables.*

6. *Le paragraphe 1 s'applique à chaque fois que la Convention prévoit par ailleurs l'octroi d'un avantage à un résident d'un État contractant. Ainsi, il s'applique par exemple à chaque fois que le revenu auquel s'applique l'article 6 est perçu par un résident d'un État contractant ; à chaque fois que les dividendes auxquels s'applique l'article 10 sont versés à un résident d'un État contractant ou encore à chaque fois que des bénéfices auxquels s'applique l'article 7 sont réalisés. Le paragraphe prévoit que, pour avoir droit à l'avantage conféré par la disposition concernée de la Convention, le résident de l'État contractant doit, à ce moment précis, être une « personne admissible » au sens du paragraphe 2. Dans certains cas, cependant, la définition d'une « personne admissible » impose qu'un résident d'un État contractant satisfasse à certaines conditions pendant une certaine durée pour pouvoir être considérée comme une « personne admissible » à un moment donné.*

Paragraphe 2

2. Un résident d'un État contractant est une personne admissible à un moment où un avantage serait par ailleurs accordé par la Convention si, à ce moment, le résident est :

7. *Le paragraphe 2 comporte six alinéas décrivant chacun une catégorie de résidents considérés comme des personnes admissibles.*

8. *Il est entendu que les dispositions du paragraphe 2 seront auto-exécutoires. Contrairement aux dispositions du paragraphe 5 dont il a été question précédemment, une décision ou approbation préalable de l'autorité compétente n'est pas requise pour demander à bénéficier des avantages conférés en vertu du paragraphe 2. Il va de soi que les autorités fiscales peuvent, après examen, estimer que le contribuable a mal interprété le paragraphe et n'a pas droit aux avantages revendiqués.*

Personnes physiques – alinéa 2 a)

a) une personne physique ;

9. *L'alinéa 2 a) prévoit que toute personne physique résidente d'un État contractant est une personne admissible. Comme expliqué au paragraphe 35 ci-après, aux termes de certaines dispositions conventionnelles, un organisme de placement collectif doit être considéré comme une personne physique aux fins de l'application de la convention visée, auquel cas, l'organisme de placement collectif constituera une personne admissible en vertu de l'alinéa a). Gouvernements – alinéa 2 b)*

b) un État contractant ou une subdivision politique ou autorité locale de cet État, ou une personne détenue exclusivement par cet État, cette subdivision politique ou cette autorité locale ;

10. *L'alinéa 2 b) prévoit que les États contractants et toute subdivision politique ou autorité locale de ceux-ci constituent des personnes admissibles. L'alinéa s'applique à toute émanation d'un État, notamment tout organisme ou organe ne constituant pas une personne distincte. La dernière partie de l'alinéa prévoit qu'une personne morale distincte qui est un résident d'un État contractant et est exclusivement détenue par un État contractant ou une subdivision politique ou autorité locale de celui-ci sera également une personne admissible et aura dès lors droit à tous les avantages conférés par la Convention tant qu'elle conservera ces caractéristiques. La formulation de cet alinéa pourra être adaptée en fonction de la nature juridique des entités détenues par l'État, qui pourront notamment être des fonds souverains, ainsi qu'en fonction des différents points de vue des États sur l'application de l'article 4 à ces entités (voir paragraphes 6.35 à 6.39 des Commentaires sur l'article 1 et paragraphes 8.5 à 8.7 des Commentaires sur l'article 4).*

Sociétés et entités cotées en bourse – alinéa 2 c)

c) une société ou une entité si, pendant la durée de la période d'imposition incluant cette date

i) la principale catégorie de ses actions (et toute catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés) fait régulièrement l'objet de transactions sur un ou plusieurs marchés boursiers reconnus et :

A) la principale catégorie de ses actions fait principalement l'objet de transactions sur un ou plusieurs marchés

boursiers reconnus dans l'État contractant dont la société ou l'entité est résidente ; ou

B) le siège principal de direction et de contrôle de la société ou de l'entité se situe dans l'État contractant dont elle est résidente ; ou

ii) au moins 50 pour cent du total des droits de vote et de la valeur des actions (et au moins 50 pour cent de toute catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés) de la société ou de l'entité sont détenus directement ou indirectement par au plus cinq sociétés et entités ayant droit aux avantages aux termes du sous-alinéa i) du présent alinéa [sous réserve que, dans le cas d'une détention indirecte, chaque détenteur intermédiaire soit résident de l'un ou l'autre des États contractants] ;

11. L'alinéa c) tient compte du fait qu'en règle générale, les actions de sociétés cotées en bourse et de certaines entités sont détenues par un grand nombre d'actionnaires et que, dès lors, il est peu probable que ces sociétés ou entités aient été créées à des fins de chalandage fiscal. Les dispositions du sous-alinéa i) s'appliquent aux sociétés et entités cotées en bourse et celles du sous-alinéa ii), aux filiales de ces sociétés et entités. Comme indiqué à l'alinéa h) du paragraphe 6, aux fins du sous-alinéa c), l'expression « actions » recouvre des participations comparables détenues dans des entités, autres que des sociétés, auxquelles le paragraphe s'applique, et recouvre donc par exemple des parts d'une fiducie (trust) faisant l'objet de transactions sur le marché.

12. Le sous-alinéa i) prévoit qu'une société ou entité qui est un résident d'un État contractant est une personne admissible au moment où un avantage est accordé au titre de la Convention si, pendant la période d'imposition incluant ce moment, la principale catégorie de ses actions, et de toute catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés, font régulièrement l'objet de transactions sur un ou plusieurs marchés boursiers reconnus, sous réserve que la société ou l'entité satisfasse à l'une au moins des conditions supplémentaires suivantes : premièrement, la principale catégorie d'actions de la société ou de l'entité fait principalement l'objet de transactions sur un ou plusieurs marchés boursiers reconnus situés dans l'État contractant dont la société ou l'entité est résidente ou, deuxièmement, le siège principal de direction et de contrôle de la société ou de l'entité est situé dans son État de résidence. Ces conditions supplémentaires visent à tenir compte du fait que, bien qu'une société ou une entité cotée en bourse puisse techniquement être

résidente d'un État donné, il se peut qu'elle n'ait pas de relation suffisante avec cet État pour justifier qu'elle bénéficie des avantages prévus par les conventions conclues par cet État. L'existence d'une relation suffisante peut être établie par le fait que les actions de la société ou de l'entité cotée en bourse font principalement l'objet de transactions sur des bourses reconnues situées dans l'État de résidence de la société ou de l'entité ; étant donné que, du fait de la mondialisation des marchés financiers, les actions des sociétés cotées en bourse qui sont résidentes de certains États font souvent l'objet de transactions sur des bourses étrangères, un autre critère peut être appliqué : on peut également considérer que l'existence d'une relation suffisante peut être établie par le fait que la direction et le contrôle de la société ou de l'entité sont principalement assurés dans l'État dont elle est résidente.

13. *Une société ou une entité dont la principale catégorie d'actions fait régulièrement l'objet de transactions sur une bourse reconnue n'obtiendra toutefois pas le statut de personne admissible en vertu de l'alinéa c) du paragraphe 2 si elle a une catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés qui ne font pas régulièrement l'objet de transactions sur une bourse reconnue.*

14. *Les expressions « bourse reconnue », « principale catégorie d'actions » et « catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés » sont définies au paragraphe 6 (voir ci-après). Comme indiqué dans ces définitions, la principale catégorie d'actions d'une société doit être déterminée après avoir exclu les actions spéciales portant droit de vote qui sont émises dans le but de créer une « structure à double cotation », telle que définie également au paragraphe 6.*

15. *La condition relative aux transactions régulières peut être satisfaite lorsque des actions cotées font l'objet de transactions sur une ou plusieurs bourse(s) reconnue(s) située(s) dans l'un ou l'autre des États. Il est possible de retenir le nombre de transactions cumulées réalisées sur cette bourse ou ces bourses reconnue(s) pour déterminer si le critère est rempli ; on pourrait dès lors estimer qu'une société ou une entité satisfait au critère si ses actions font régulièrement l'objet de transactions réalisées, en totalité ou en partie, sur une bourse reconnue située dans l'autre État contractant.*

16. *Le sous-alinéa (i) A) prévoit une condition supplémentaire, à savoir que les actions de la société ou de l'entité doivent faire principalement l'objet de transactions sur une ou plusieurs bourses située(s) dans l'État de résidence de la société ou de l'entité. En règle*

générale, la principale catégorie d'actions d'une société ou d'une entité font principalement l'objet de transactions sur une ou plusieurs bourse(s) reconnue(s) situées dans l'État de résidence de cette société ou entité si, au cours de la période d'imposition considérée, le nombre d'actions appartenant à la principale catégorie d'actions qui font l'objet de transactions sur cette ou ces bourses est supérieur au nombre d'actions de la principale catégorie d'actions faisant l'objet de transactions sur des marchés de valeurs mobilières établis dans tout autre État. Certains États considèrent toutefois que le fait que les actions d'une société ou d'une entité résidente d'un État contractant fassent principalement l'objet de transactions sur des bourses reconnues situées dans des États qui font partie d'un regroupement régional (situées notamment dans un État qui appartient à l'Espace économique européen dont les règles relatives aux marchés boursiers et autres marchés de valeurs mobilières garantissent l'existence d'un marché unique des valeurs mobilières) constitue une protection suffisante contre l'utilisation de cette société ou entité à des fins de chalandage fiscal ; les États qui partagent cet avis peuvent modifier en conséquence la sous-section (i) A).

17. *Le sous-alinéa (i) B) prévoit un autre critère applicable à une société ou entité dont la principale catégorie d'actions fait régulièrement l'objet de transactions sur des marchés boursiers reconnus, mais non principalement sur des bourses reconnues situées dans l'État de résidence de la société ou entité. Cette dernière peut prétendre aux avantages de la Convention si son « siège principal de direction et de contrôle » (tel que défini à l'alinéa d) du paragraphe 6) est situé dans l'État dont elle est résidente.*

18. *Les conditions prévues à l'alinéa c) doivent être remplies durant toute la période d'imposition de la société ou entité. Cela ne signifie pas que les actions de la société ou de l'entité doivent faire l'objet de transactions sur les marchés boursiers concernés chaque jour de la période visée. Pour qu'il soit considéré que les actions font régulièrement l'objet de transactions sur une ou plusieurs bourse(s) durant toute la période d'imposition, il est nécessaire que la fraction des actions faisant l'objet d'échanges actifs représente plus qu'un très faible pourcentage des actions pendant un nombre suffisamment élevé de jours au cours de cette période. Il serait satisfait à ce critère si, par exemple, 10 pour cent du nombre moyen d'actions en circulation d'une société faisaient l'objet de transactions pendant 60 journées d'ouverture des marchés compris dans la période d'imposition de la société. L'expression « période d'imposition » utilisée aux alinéas c) et e) renvoie à la période au titre de laquelle une déclaration fiscale annuelle doit être produite dans l'État de*

résidence de la société ou entité. Si les États contractants ont défini dans leur droit national un concept qui correspond à celui de « période d'imposition », tels que « année d'imposition », ils peuvent, s'ils le veulent, remplacer la référence à la période d'imposition par une référence à cet autre concept.

19. *Une société résidente d'un État contractant a droit à tous les avantages conférés par la Convention en vertu du sous-alinéa ii) de l'alinéa c) du paragraphe 2 si au plus cinq sociétés cotées en bourse telles que décrites au sous-alinéa i) détiennent directement ou indirectement au moins 50 pour cent du total des droits de vote et de la valeur des actions de la société (et au moins 50 pour cent au moins de toute catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés). Toutefois, si les sociétés cotées en bourse détiennent indirectement ce pourcentage des actions, chacune des sociétés intermédiaires doit être résidente d'un des États contractants. Certains États estiment toutefois que ce critère est par trop restrictif et préfèrent l'omettre.*

20. *Ainsi, par exemple, une société qui est résidente d'un État contractant et dont toutes les actions sont détenues par une autre société résidente de ce même État pourrait prétendre au bénéfice des avantages prévus par la Convention si la principale catégorie d'actions (et toutes les catégories d'actions conférant des droits disproportionnés, s'il en existe) de la société mère font régulièrement et principalement l'objet de transactions sur une bourse reconnue située dans cet État contractant. Cette filiale ne pourrait toutefois pas bénéficier des avantages prévus au sous-alinéa ii) si la société mère cotée en bourse était résidente d'un État tiers et non de l'un des États contractants. En outre, lorsqu'une société mère détient indirectement dans l'un des États contractants la société se situant au dernier niveau par l'intermédiaire d'une chaîne de filiales, chaque filiale de cette chaîne doit, en tant que propriétaire intermédiaire, être un résident de l'un ou l'autre État contractant pour que la filiale de dernier niveau satisfasse au critère défini au sous-alinéa ii). Comme indiqué au paragraphe précédent, cependant, certains États considèrent que, dans le cas de sociétés cotées en bourse, il n'est pas nécessaire que la condition selon laquelle chaque filiale de la chaîne doit être résidente de l'un ou l'autre État contractant soit satisfaite pour prévenir le chalandage fiscal ; ces États préfèrent en conséquence omettre la condition supplémentaire.*

Organismes de bienfaisance et fonds de pension – alinéa 2 d)

d) une personne, autre qu'une personne physique, qui

- i) est [liste des organisations à but non lucratif concernées de chaque État contractant],
- ii) a été constituée et est gérée exclusivement dans le but d'administrer ou de verser des pensions ou prestations similaires, à condition que 50 pour cent des intérêts bénéficiaires dans cette personne soient détenus par des personnes physiques résidentes de l'un ou l'autre des États contractants, ou
- iii) a été constituée et est gérée en vue de placer des fonds pour le compte de personnes visées au sous-alinéa ii), sous réserve que la quasi-totalité du revenu de cette personne provienne de placements effectués pour le compte de ces personnes ;

21. À l'alinéa 2 d), sont définies les règles selon lesquelles certaines organisations à but non lucratif et certains fonds de pension qui sont admissibles en tant que résidents d'un État contractant (voir les paragraphes 8.6 et 8.7 des Commentaires sur l'article 4) pourront prétendre au bénéfice des avantages prévus par la Convention.

22. Les entités figurant dans la liste incluse au sous-alinéa i) peuvent automatiquement prétendre au bénéfice des avantages conférés par les conventions, quel que soit le lieu de résidence de leurs bénéficiaires ou de leurs membres. Ces entités sont généralement des entités exonérées d'impôt dans leur État de résidence qui sont uniquement constituées et exploitées pour remplir certaines fonctions sociales (philanthropiques, scientifiques, artistiques, culturelles ou éducatives).

23. En vertu du sous-alinéa ii), un fonds de pension résident pourra prétendre au bénéfice des avantages conférés par la Convention si plus de 50 pour cent des intérêts bénéficiaires dans cette personne sont détenus par des personnes physiques résidentes dans l'un ou l'autre des États contractants. Aux fins de cette disposition, l'expression « intérêts bénéficiaires dans cette personne » doit s'entendre des intérêts détenus par des personnes pouvant prétendre au bénéfice des pensions versées par ce fonds. Certains États peuvent toutefois souhaiter assouplir le seuil de 50 pour cent prévu au sous-alinéa ii) (notamment les États membres d'un groupement régional tel que l'Union européenne, qui autorise la constitution de fonds de pension dans tout État membre de ce groupement régional).

24. *Le sous-alinéa iii) constitue une extension de la règle applicable aux fonds de pension énoncée au sous-alinéa ii). Il s'applique aux « fonds de fonds », qui sont des fonds qui ne versent pas directement des pensions à des résidents de l'un ou l'autre État contractant, mais sont constitués et exploités pour placer des fonds de fonds de pension ayant droit aux avantages visés au sous-alinéa ii). Le sous-alinéa iii) ne s'applique cependant que si la quasi-totalité des revenus de ce « fonds de fonds » provient de placements effectués au bénéfice de fonds de pension ayant droit aux avantages visés au sous-alinéa ii).*

Propriété / Érosion de l'assiette fiscale – alinéa 2 e)

e) une personne, autre qu'une personne physique, si

- i) pendant au moins la moitié des jours compris dans la période d'imposition incluant cette date, des personnes qui sont résidentes de cet État contractant et ont droit aux avantages de la Convention en vertu des alinéas a), b) ou d), ou du sous-alinéa i) de l'alinéa c), de ce paragraphe, détiennent, directement ou indirectement, des actions représentant au moins 50 pour cent du total des droits de vote et de la valeur des actions (et au moins 50 pour cent de toute catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés) [sous réserve que, dans le cas d'une détention indirecte, chaque détenteur intermédiaire soit résident de cet État contractant], et*
- ii) moins de 50 pour cent du revenu brut de la personne, tel que calculé dans l'État de résidence de cette personne, au titre de la période d'imposition incluant la date à laquelle ce revenu est versé ou dû, directement ou indirectement, à des personnes qui ne sont résidentes d'aucun des États contractants ayant droit aux avantages de la Convention en vertu de l'alinéa a), b) ou d), ou du sous-alinéa i) de l'alinéa c), de ce paragraphe, sous la forme de paiements déductibles, aux fins des impôts visés par la Convention, dans l'État de résidence de la personne (sauf paiements de pleine concurrence effectués dans le cadre ordinaire d'activités d'entreprise au titre de services ou biens corporels) ;*

25. *L'alinéa 2 e) prévoit une autre méthode pour déterminer s'il y a lieu d'ouvrir droit aux avantages de la Convention et cette méthode s'applique à toute forme d'entité juridique résidente d'un État contractant.*

La condition prévue à l'alinéa e), appelée « critères de la propriété et de l'érosion de la base d'imposition », recouvre en fait deux conditions qui toutes deux doivent être satisfaites pour que le résident ait droit aux avantages de la Convention au titre de l'alinéa 2 e).

26. *En vertu du sous-alinéa i), qui a trait au critère de la propriété, 50 pour cent au moins de chaque catégorie d'actions de la personne doivent être détenus, directement ou indirectement, pendant la moitié au moins de la période d'imposition de la personne, par des personnes qui sont résidentes de l'État contractant dont cette personne est résidente et qui ont eux-mêmes droit aux avantages de la Convention en vertu des alinéas a), b) ou d), ou du sous-alinéa i) de l'alinéa c). En cas de détention indirecte, chacun des détenteurs intermédiaires doit toutefois être résident de cet État contractant. Certains États estiment toutefois que ce critère est par trop restrictif et préfèrent l'omettre.*

27. *Le sous-alinéa i) visera généralement des sociétés privées, mais il pourra également s'appliquer à une entité telle qu'une fiducie (trust) résidente d'un État contractant qui satisfait par ailleurs aux conditions prévues dans ce sous-alinéa. En vertu de l'alinéa h) du paragraphe 6, le terme « actions » renvoie, dans le cas d'entités qui ne sont pas des sociétés, à des titres de participation qui sont comparables à des actions ; tel sera généralement le cas d'un intérêt bénéficiaire détenu dans une fiducie. Aux fins du sous-alinéa i), l'intérêt bénéficiaire détenu dans une fiducie sera réputé être détenu par ses bénéficiaires en proportion de l'intérêt actuariel de chaque bénéficiaire dans la fiducie. L'intérêt d'un bénéficiaire qui a droit à la partie restante d'une fiducie sera égal à 100 pour cent déduction faite des parts cumulées en pourcentage détenues par les bénéficiaires du revenu. L'intérêt d'un bénéficiaire dans une fiducie ne sera pas considéré comme détenu par une personne ayant droit aux avantages résultant des autres dispositions du paragraphe 2 s'il n'est pas possible de déterminer son intérêt actuariel. En conséquence, s'il n'est pas possible de déterminer l'intérêt actuariel des bénéficiaires d'une fiducie, le critère de propriété prévu au sous-alinéa i) ne peut être satisfait, sauf si tous les bénéficiaires possibles sont des personnes qui ont droit aux avantages conférés en vertu des autres alinéas du paragraphe 2.*

28. *Le critère relatif à l'érosion de la base d'imposition, énoncé au sous-alinéa ii) est satisfait si moins de 50 pour cent du revenu brut de la personne au titre de la période d'imposition, telle que définie aux termes de la législation fiscale de l'État de résidence de la personne, est versé ou du à des personnes qui ne sont pas des résidentes de l'un ou l'autre des États contractants ayant droit aux avantages prévus aux alinéas a), b) ou*

d), ou au sous-alinéa i) de l'alinéa c), sous la forme de paiements déductibles à des fins d'imposition dans l'État de résidence du payeur.

29. Aux fins de la condition visée au sous-alinéa ii), les paiements déductibles (c'est-à-dire qui ont pour effet d'éroder la base d'imposition) ne comprennent pas les paiements de pleine concurrence effectués dans le cadre ordinaire d'activités d'entreprise au titre de services ou biens corporels. Dans la mesure où ils sont déductibles de l'assiette imposable en vertu de la législation fiscale en vigueur dans l'État de résidence de la personne, les distributions des fiducies (trusts) constituent des paiements ayant pour effet d'éroder la base d'imposition. Les déductions pour dépréciation et amortissement, qui ne constituent pas des paiements ou des montants dus à d'autres personnes, ne sont pas pris en compte aux fins du sous-alinéa ii). Les revenus intégralement soumis à imposition dans l'État de la source ne doivent pas être considérés comme des paiements ayant pour effet d'éroder la base d'imposition, même s'ils sont déductibles par le payeur. Par exemple, le paiement d'une « contribution de groupe » qui peut être effectué par une société résidente d'un État contractant à l'établissement stable, situé dans le même État, d'une société non résidente faisant partie du même groupe ne doit pas être pris en compte, dès lors qu'un tel paiement serait imposable dans l'État où il serait déduit.

30. Les critères de propriété et d'érosion de la base d'imposition décrits à l'alinéa e) s'appliquent à chaque période d'imposition de l'entité ; lorsque ces critères sont satisfaits pour une période d'imposition donnée, l'entité constitue une personne admissible à tout moment pendant cette période d'imposition. La période d'imposition visée à l'alinéa e) est déterminée en fonction de la législation fiscale de l'État de résidence de l'entité.

Organismes de placement collectif – alinéa 2 f)

f) [disposition éventuelle sur les organismes de placement collectif]¹

[Note de bas de page 1 :] Cet alinéa sera rédigé (ou omis) en fonction de la manière dont les organismes de placement collectif sont traités dans la Convention et sont utilisés et traités par chacun des États contractants : voir les Commentaires sur l'alinéa et sur les paragraphes 6.4 à 6.38 des Commentaires sur l'article 1.]

31. Comme indiqué dans la note de bas de page relative à l'alinéa f), la réponse à la question de savoir s'il convient de prévoir d'intégrer dans

le paragraphe 2 une règle spécifique concernant les organismes de placement collectif (OPC) et, dans cette hypothèse, de quelle manière il convient de formuler cette règle, dépendra de la manière dont la Convention s'applique aux organismes de placement collectif ainsi que du traitement et de l'utilisation de ces organismes dans chacun des États contractants. L'adoption d'une règle sera souvent nécessaire étant donné qu'un OPC peut ne pas être une personne admissible en vertu des autres dispositions des paragraphes 2 ou 3 du fait que, dans beaucoup de cas,

- les intérêts dans l'OPC ne font pas l'objet de transactions en bourse (même si leur capital est largement diffusé) ;*
- ces intérêts sont détenus par des résidents d'États tiers ;*
- les distributions effectuées par l'OPC sont des paiements déductibles, et*
- l'OPC est utilisé à des fins d'investissement plutôt que pour l'« exercice actif d'une activité d'entreprise » au sens du paragraphe 3.*

32. Les divers facteurs devant être pris en considération pour déterminer si les OPC sont admis au bénéfice des avantages de la Convention sont analysés dans les paragraphes 6.8 à 6.34 des Commentaires sur l'article 1, et ces paragraphes sont dès lors pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu d'insérer une disposition sur ces organismes dans le paragraphe 2 et, le cas échéant, comment celle-ci doit être rédigée. Ces paragraphes comportent diverses dispositions susceptibles d'être utilisées pour traiter convenablement les organismes de placement collectif se situant dans chacun des États contractants. Comme expliqué ci-après, le recours à ces dispositions peut rendre superflue l'insertion d'une règle spécifique sur les OPC dans le paragraphe 2, même s'il importera de s'assurer que, dans pareil cas, la définition du « bénéficiaire équivalent », si cette expression est utilisée pour les besoins de ces autres dispositions, est adaptée compte tenu de la définition énoncée au paragraphe 6.

33. Si l'alinéa f) est inséré, il visera des cas dans lesquels un État contractant accepte de considérer que les OPC établis dans l'autre État contractant sont des résidents de cet autre État conformément à l'analyse exposée aux paragraphes 6.9 à 6.12 des Commentaires sur l'article 1 (cette acceptation peut être confirmée par un accord amiable comme envisagé au paragraphe 6.16 des Commentaires sur l'article 1, ou il peut découler de décisions judiciaires ou administratives). Les dispositions de l'article, y compris l'alinéa f), ne s'appliquent pas dans le cas d'un OPC

qui ne peut être qualifié de résident d'un État contractant selon l'analyse exposée aux paragraphes 6.9 à 6.12 des Commentaires sur l'article 1. Les dispositions de l'alinéa f) ne s'appliquent pas non plus si le droit d'un OPC aux avantages de la Convention est traité en vertu d'une disposition de la Convention similaire aux dispositions figurant dans les paragraphes 6.17, 6.21, 6.26, 6.27 et 6.32 des Commentaires sur l'article 1.

34. *Comme expliqué aux paragraphes 6.19 et 6.20 des Commentaires sur l'article 1, les États contractants qui souhaitent traiter la question du droit des OPC aux avantages de la Convention souhaitent peut-être examiner les caractéristiques économiques, notamment les possibilités de chalandage fiscal qu'ils offrent, des différents types d'OPC utilisés dans chaque État contractant.*

35. *À l'issue de cette analyse, ils concluront peut-être que le traitement fiscal des OPC établis dans les deux États ne suscite pas d'inquiétudes face au risque de chalandage fiscal, et ils décideront alors d'insérer dans leur convention bilatérale la disposition figurant au paragraphe 6.17 des Commentaires sur l'article 1, laquelle permet de garantir expressément l'accès à la Convention pour les OPC établis dans chaque État et, dans le même temps, fait en sorte que ces OPC soient des personnes admissibles aux termes de l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article (sachant qu'un OPC auquel s'appliquerait cette disposition serait considéré comme une personne physique). Dans ce cas, l'alinéa f) devrait être supprimé. Les États qui estiment également que les OPC établis dans les deux États ne suscitent pas d'inquiétudes face au risque de chalandage fiscal, mais qui n'insèrent pas dans leur Convention la disposition figurant au paragraphe 6.17 des Commentaires sur l'article 1, doivent veiller à ce que tout OPC qui est un résident d'un État contractant soit une personne admissible. Dans ce cas, l'alinéa f) devrait être formulé comme suit :*

f) un OPC [une définition de ce qu'est un OPC devra être insérée à l'alinéa f) du paragraphe 6] ;

36. *Les États contractants pourraient toutefois conclure que les OPC offrent la possibilité aux résidents d'États tiers de bénéficier d'avantages conférés par la Convention dont ils n'auraient pas pu bénéficier si ces résidents avaient investi directement, et ils pourraient dès lors préférer une formulation de l'alinéa f) permettant de s'assurer qu'un OPC qui est un résident d'un État contractant sera une personne admissible, mais uniquement dans la mesure où les intérêts bénéficiaires dans l'OPC*

appartiennent à des résidents de cet État ou à des bénéficiaires équivalents. Dans ce cas, l'alinéa f) devrait être formulé comme suit :

- f) un organisme de placement collectif, mais seulement dans la mesure où, à ce moment, les intérêts bénéficiaires dans l'OPC appartiennent à des résidents de l'État contractant dans lequel l'organisme de placement collectif est établi ou à des bénéficiaires équivalents.*

37. Ce traitement correspond à celui qui résulterait de l'insertion, dans une convention fiscale, d'une disposition similaire à la disposition figurant au paragraphe 6.21 des Commentaires sur l'article 1. Comme expliqué aux paragraphes 6.18 à 6.24 des Commentaires sur l'article 1, l'insertion de cette autre disposition apporterait une solution plus complète aux problèmes soulevés par les conventions à propos des OPC parce qu'elle répondrait au souci de prévenir le chalandage fiscal tout en précisant le traitement réservé, dans les conventions fiscales, aux OPC situés dans les deux États contractants. Si cette disposition était intégrée dans une convention fiscale, l'alinéa f) ne serait pas nécessaire s'agissant des OPC auxquels cette autre disposition s'appliquerait : étant donné que cette dernière prévoit qu'un OPC auquel elle s'applique doit être traité comme une personne physique (dans la mesure où les intérêts bénéficiaires dans cet OPC appartiennent à des résidents ou bénéficiaires équivalents), cet OPC est une personne admissible en vertu de l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article.

38. L'approche décrite dans les deux paragraphes précédents, tout comme celle décrite aux paragraphes 6.21, 6.26 et 6.28 des Commentaires sur l'article 1, oblige l'OPC à déterminer, lorsqu'un avantage est revendiqué concernant un élément de revenu, la proportion de détenteurs de parts qui auraient eu droit aux avantages de la Convention s'ils avaient investi directement. Comme indiqué au paragraphe 6.29 des Commentaires sur l'article 1, cependant, la répartition des parts d'un OPC change fréquemment et ces parts sont souvent détenues à travers des intermédiaires. Pour cette raison, l'OPC et ses gestionnaires ne connaissent souvent pas eux-mêmes les noms et le statut au regard de la Convention des bénéficiaires effectifs de parts. Il serait donc difficile dans la pratique pour l'OPC de recueillir ces informations auprès des intermédiaires en question chaque fois que l'OPC perçoit un revenu. En conséquence, il faudrait que les États contractants acceptent d'adopter des approches commodes et fiables ne nécessitant pas un suivi journalier. Comme indiqué au paragraphe 6.31 des Commentaires sur l'article 1, la proportion des personnes qui investissent dans les OPC n'évolue en

principe que relativement lentement, même si l'identité des investisseurs peut changer d'un jour à l'autre. Il convient dès lors de déterminer régulièrement dans quelle mesure les intérêts bénéficiaires dans un OPC appartiennent à des résidents ou bénéficiaires équivalents, le calcul effectué à une date donnée étant applicable aux paiements reçus jusqu'au calcul suivant. Cette approche correspond à celle décrite au paragraphe 6.31 des Commentaires sur l'article 1, selon lequel :

...une approche raisonnable consisterait à obliger l'OPC à collecter auprès d'autres intermédiaires, aux dates indiquées, des informations permettant à l'OPC de déterminer la proportion des investisseurs ayant droit aux bénéfices de conventions fiscales. Ces informations pourraient être demandées à la fin de l'année civile ou fiscale ou, si la situation du marché suggère que la rotation des investisseurs est élevée, plus fréquemment, mais pas plus souvent qu'à la fin de chaque trimestre de l'année civile. L'OPC pourrait ensuite présenter une demande sur la base d'une moyenne des sommes en question au cours d'une période définie d'un commun accord. Dans l'adoption de telles procédures, il faudrait veiller à choisir des dates d'évaluation permettant à l'OPC de disposer d'un temps suffisant pour actualiser les informations qu'il communique aux autres payeurs afin d'assurer l'exactitude des prélèvements à la source au début de chaque période.

39. *L'autre optique que les États contractants peuvent adopter, s'agissant des OPC, est celle décrite au paragraphe 6.26 des Commentaires sur l'article 1. Les États contractants qui adoptent cette optique souhaiteront peut-être rédiger l'alinéa f) de telle manière qu'un OPC qui est résident d'un État contractant ne soit considéré comme une personne admissible que si les intérêts bénéficiaires dans cet OPC appartiennent à des résidents de l'État contractant dans lequel l'OPC est établi. Dans ce cas, l'alinéa f) devrait être rédigé comme suit :*

f) un organisme de placement collectif, mais seulement dans la mesure où, à cette date, les intérêts bénéficiaires dans l'organisme de placement collectif appartiennent à des résidents de l'État contractant dans lequel l'organisme est établi.

Étant donné que l'insertion de la disposition prévue au paragraphe 6.26 des Commentaires sur l'article 1 aboutirait au même résultat en ce qui concerne les OPC auxquels cette disposition s'appliquerait, l'alinéa f) ne serait pas nécessaire si cette disposition était reprise dans une convention, s'agissant des OPC auxquels elle s'appliquerait.

40. Une variante de l'approche précédente consisterait à considérer qu'un OPC qui est un résident d'un État contractant devrait être une personne admissible si la majorité des intérêts bénéficiaires dans cet OPC appartient à des personnes résidentes de l'État contractant dans lequel l'OPC est établi. Ce résultat pourrait être obtenu en omettant l'alinéa f) et en s'appuyant uniquement sur l'application de l'alinéa 2) e) (critères de la propriété et de l'érosion de la base d'imposition).

41. Les États contractants pourraient aussi adopter une position consistant à estimer que le fait qu'une part importante des investisseurs d'un OPC ait droit aux avantages d'une convention constitue une protection appropriée contre le chalandage fiscal et qu'il est donc justifié de définir un seuil de participation au capital au-delà duquel les bénéfices de la Convention seront accordés à tous les revenus reçus par l'OPC. Une disposition qui permettrait d'assurer ce résultat figure au paragraphe 6.27 des Commentaires sur l'article 1, et l'alinéa f) ne serait pas nécessaire si les États contractants intégraient cette disposition dans leur convention bilatérale s'agissant des OPC auxquels la disposition s'appliquerait. Si cette disposition n'est pas reprise dans la convention, le champ d'application de l'alinéa f) pourrait être élargi en adoptant la formulation suivante : « un organisme de placement collectif, mais seulement dans la mesure où [] pour cent des intérêts bénéficiaires dans cet organisme appartiennent à des résidents de l'État contractant dans lequel l'organisme est établi ».

42. De même, les États contractants peuvent utiliser la disposition du paragraphe 6.32 des Commentaires sur l'article 1 s'ils considèrent « qu'un organisme de placement collectif coté en bourse ne peut servir efficacement à des fins de chalandage fiscal parce que les actionnaires ou détenteurs d'un tel OPC ne peuvent exercer individuellement de contrôle sur lui ». Dans ce cas, l'alinéa f) ne serait pas nécessaire s'agissant des OPC auxquels s'appliquerait cette disposition. Les États qui partagent cette position, mais n'ont pas intégré cette disposition dans leur convention, pourraient rédiger comme suit l'alinéa f) :

- f) un organisme de placement collectif si la principale catégorie d'actions de l'organisme de placement collectif est cotée et fait régulièrement l'objet de transactions sur un marché boursier reconnu.

43. Enfin, comme expliqué au paragraphe 6.25 des Commentaires sur l'article 1, les États qui sont préoccupés par le risque, décrit dans ce paragraphe, d'un report potentiel d'imposition lorsqu'un OPC est soumis

à un impôt faible ou nul et peut capitaliser ses revenus au lieu de les distribuer au fur et à mesure de leur réalisation, peuvent vouloir négocier des clauses prévoyant de n'accorder les bénéfices d'une convention qu'aux seuls OPC qui sont tenus de distribuer leurs bénéfices au fur et à mesure. Selon la manière dont elles sont formulées, ces dispositions peuvent rendre l'alinéa f) superflu.

Paragraphe 3 – Exercice actif d'une activité d'entreprise

3. a) Un résident d'un État contractant pourra, qu'il soit ou non une personne admissible, bénéficiaire des avantages prévus par la présente Convention au titre d'un élément de revenu ayant sa source dans l'autre État contractant si ce résident exerce activement une activité d'entreprise dans le premier État (autre que l'activité consistant à réaliser ou gérer des placements pour son propre compte, à moins qu'il ne s'agisse d'activités bancaires, d'assurance ou d'activités portant sur des valeurs mobilières effectuées par une banque, ou [liste des établissements financiers assimilables à des banques que les États contractants décident de considérer comme tels], une compagnie d'assurance ou un opérateur sur titres agréé), si le revenu tiré de l'autre État contractant est lié à cette activité ou s'il en constitue un élément accessoire.
- b) Si un résident d'un État contractant tire un élément de revenu d'une activité d'entreprise qu'il exerce dans l'autre État contractant, ou reçoit d'une entreprise associée un élément de revenu provenant de cet autre État, les conditions décrites à l'alinéa a) seront considérées comme remplies s'agissant de cet élément de revenu seulement si l'activité d'entreprise exercée par le résident dans le premier État mentionné présente un caractère substantiel par rapport aux activités exercées par le résident ou l'entreprise associée dans l'autre État contractant. Aux fins de l'application du présent paragraphe, le caractère substantiel de l'activité d'entreprise sera déterminé en prenant en compte l'ensemble des faits et circonstances propres à chaque cas.
- c) Aux fins de l'application du présent paragraphe, les activités exercées par des personnes liées à une autre personne seront réputées être exercées par cette dernière. Une personne sera considérée comme liée à une autre si elle possède au moins 50 pour cent des intérêts bénéficiaires dans l'autre (ou, dans le cas d'une société, au moins 50 pour cent du total des droits de

vote et de la valeur des actions de la société ou de la participation effective détenue dans le capital de la société) ou si une autre personne possède au moins 50 pour cent des intérêts bénéficiaires dans chacune d'elles (ou, dans le cas d'une société, au moins 50 pour cent du total des droits de vote et de la valeur des actions de la société ou de la participation effective détenue dans le capital de la société). Dans tous les cas, une personne sera considérée comme liée à un autre si, au vu de l'ensemble des faits et circonstances propres à chaque cas, l'une contrôle l'autre ou si les deux sont contrôlées par la même personne ou les mêmes personnes.

44. Un autre critère permettant de déterminer si un résident d'un État contractant peut bénéficier des avantages de la Convention est proposé au paragraphe 3. Ce critère vise certains éléments de revenu qui sont liés à l'exercice actif d'une activité d'entreprise dans l'État de résidence. Il est admis dans ce paragraphe que lorsqu'une entité résidente d'un État contractant exerce activement une activité d'entreprise dans cet État, y compris en conduisant des activités menées par des personnes liées, et tire des revenus ayant leur source dans l'autre État contractant qui sont liés à ces activités ou en constituent un élément accessoire, le fait d'accorder les avantages conférés par la Convention au titre de ces revenus ne donne pas matière à craindre un risque de chalandage fiscal, indépendamment de la nature de l'entité et de l'identité de ses propriétaires. Ce paragraphe ouvrira droit aux avantages de la Convention dans un grand nombre de situations dans lesquelles le bénéfice de ces avantages aurait par ailleurs été refusé en vertu du paragraphe 1 au motif que l'entité n'est pas une « personne admissible » au sens du paragraphe 2.

45. Un résident d'un État contractant, qu'il soit ou non une personne admissible en vertu du paragraphe 2, peut prétendre au bénéfice des avantages conférés en vertu du paragraphe 3. Selon le critère relatif à l'exercice actif d'une activité d'entreprise décrit au paragraphe 3, une personne (généralement une société) sera admissible aux avantages de la Convention si elle satisfait deux conditions : (1) elle exerce activement une activité d'entreprise dans son État de résidence et (2) les versements au titre desquels le droit aux avantages est revendiqué sont liés à cette activité. Dans certains cas, un critère supplémentaire doit être appliqué selon lequel l'activité doit présenter un caractère substantiel en volume par rapport à l'activité exercée dans l'État où les revenus ont leur source.

46. *La règle générale selon laquelle un résident d'un État contractant qui exerce activement une activité d'entreprise dans cet État peut bénéficier des avantages de la Convention au titre d'un élément de revenu ayant sa source dans l'autre État contractant est énoncée à l'alinéa a). Cet élément de revenu doit toutefois être lié à cette activité ou en constituer un élément accessoire.*

47. *L'expression « activité d'entreprise » n'est pas définie et, en vertu de la règle générale énoncée au paragraphe 2 de l'article 3, il faut lui donner le sens qu'elle a dans le droit interne. L'on considérera généralement qu'une entité exerce activement une activité d'entreprise seulement si les personnes par l'intermédiaire desquelles elle agit (comme les cadres ou les travailleurs d'une société) exercent des activités de gestion et d'exploitation présentant un caractère substantiel.*

48. *L'activité consistant à réaliser ou gérer des placements pour le propre compte du résident sera considérée comme une activité d'entreprise seulement si les activités en question relèvent d'activités bancaires ou d'assurance ou d'activités portant sur des valeurs mobilières effectuées par une banque, ou un établissement financier assimilable à une banque que les États contractants décident de considérer comme tel (notamment une coopérative de crédit ou une société de crédit immobilier), une compagnie d'assurance ou un opérateur sur titres agréé. Ces activités, si elles sont exercées par une personne autre qu'une banque (ou un établissement financier agréé par les États contractants), une compagnie d'assurance ou un opérateur sur titres agréé, ne seront pas considérées comme l'exercice actif d'une activité d'entreprise. Elles ne seraient pas non plus considérées comme telles si elles sont conduites par une banque (ou un établissement financier assimilable à une banque que les États contractants décident de considérer comme tel) ou une compagnie d'assurance ou un opérateur sur titres agréé, mais ne relèvent pas de leurs activités comme tels. Étant donné que l'opération d'un siège social fait partie de l'activité de gestion des placements, une entreprise qui exerce uniquement des fonctions de siège social ne sera pas considérée comme exerçant une activité d'entreprise aux fins du paragraphe 3.*

49. *Un élément de revenu est lié à une activité d'entreprise si l'activité qui le génère dans l'État de la source relève d'un secteur qui « fait partie » ou est « complémentaire » de l'activité menée dans l'État de résidence par le bénéficiaire du revenu.*

50. *Une activité d'entreprise sera généralement considérée comme faisant partie d'une activité d'entreprise exercée dans l'État de la source si*

les deux activités supposent la conception, la fabrication ou la vente des mêmes produits ou types de produits, ou la fourniture de services similaires. Le secteur d'activité dans l'État de résidence peut se situer en amont ou en aval de l'activité menée dans l'État de la source, ou être parallèle à celle-ci. En conséquence, le secteur d'activité peut alimenter en intrants un processus de fabrication se déroulant dans l'État de la source, vendre le produit issu de ce processus de fabrication, ou simplement vendre les mêmes types de produits que ceux qui sont vendus dans le cadre des activités menées dans l'État de la source. Les exemples qui suivent illustrent ces principes :

Exemple 1 – ACO est une société résidente de l'État A et exerce une activité de fabrication dans cet État. ACO détient 100 pour cent des actions de BCO, société résidente de l'État B. BCO distribue les produits d'ACO dans l'État B. Étant donné que les activités d'entreprise menées par les deux sociétés concernent les mêmes produits, l'activité de distribution de BCO est considérée comme faisant partie de l'activité de fabrication d'ACO.

Exemple 2 – Les données factuelles sont identiques à celles de l'exemple 1, si ce n'est qu'ACO ne fabrique pas de produits. La société ACO exploite dans l'État A une grande installation de recherche-développement qui concède des licences d'exploitation de droits de propriété intellectuelle à des filiales situées dans le monde entier, y compris à BCO. BCO et d'autres filiales fabriquent et commercialisent ensuite les produits conçus par ACO sur leurs marchés respectifs. Étant donné que les activités d'entreprise menées par ACO et BCO concernent les mêmes lignes de produits, ces activités sont considérées comme faisant partie de la même activité d'entreprise.

51. *Pour que deux activités soient considérées comme « complémentaires », il n'est pas nécessaire qu'elles se rapportent aux mêmes types de produits ou de services, mais elles doivent relever du même secteur général et être liées, en ce sens que le succès ou l'échec d'une activité entraînera généralement le succès ou l'échec de l'autre. Lorsque plus d'une activité d'entreprise est exercée dans l'État de la source et qu'une seule d'entre elles se rattache à une activité menée dans l'État de résidence ou en est complémentaire, il est nécessaire de déterminer à laquelle un élément de revenu est imputable. On considérera généralement que les redevances pour la concession de licences sont liées à l'activité à laquelle le bien incorporel sous-jacent est imputable. Les dividendes seront réputés provenir d'abord des bénéfices de l'entreprise*

bénéficiant des avantages de la Convention, et ensuite, d'autres bénéficiaires. Les revenus d'intérêts peuvent être imputés selon toute méthode raisonnable appliquée de manière constante.

Exemple 3 – CCO est une société résidente de l'État C qui exploite une compagnie aérienne internationale. DCO est une filiale à 100 pour cent de CCO, résidente de l'État D. DCO exploite dans l'État D une chaîne d'hôtels situés à proximité d'aéroports desservis par des vols de CCO. CCO vend fréquemment des forfaits touristiques combinant des vols vers l'État D et l'hébergement dans des hôtels de DCO. Bien que les sociétés exercent activement une activité d'entreprise, l'exploitation d'une chaîne d'hôtels et l'exploitation d'une compagnie aérienne sont des activités distinctes. C'est pourquoi l'activité de DCO ne fait pas partie de celle de CCO. Elle est toutefois considérée comme complémentaire de celle-ci, parce que les deux activités relèvent du même secteur (les voyages) et que les liens entre elles tendent à les rendre interdépendantes.

Exemple 4 – Les faits sont identiques à ceux de l'exemple 3, si ce n'est que DCO possède un immeuble de bureaux dans l'autre État contractant, et non une chaîne d'hôtels. Aucune partie de l'activité d'entreprise de CCO n'est exercée dans cet immeuble de bureaux. L'activité de DCO n'est pas considérée comme faisant partie ou comme complémentaire de l'activité de CCO. Les deux sociétés ont des activités distinctes dans des secteurs différents et il n'existe pas de lien de dépendance économique entre elles.

Exemple 5 – ECO est une société résidente de l'État E. ECO produit et vend des fleurs dans l'État E et d'autres pays. ECO détient toutes les actions de FCO, société résidente de l'État F. FCO est une société de gestion n'exerçant pas réellement d'activité industrielle ou commerciale. FCO possède toutes les actions de trois sociétés résidentes de l'État F : GCO, HCO et ICO. GCO distribue les fleurs d'ECO sous la marque ECO dans l'État F. HCO commercialise une ligne de produits d'entretien des pelouses dans l'État F sous la marque ECO. Outre qu'ils sont vendus sous la même marque, les produits de GCO et de HCO sont vendus dans les mêmes magasins et les ventes des produits de chaque société ont tendance à dynamiser les ventes des produits de l'autre. ICO importe du poisson de l'État E et le distribue auprès des mareyeurs de l'État F. Aux fins du paragraphe 3, l'activité de GCO fait partie de l'activité d'ECO, l'activité de HCO est complémentaire de l'activité d'ECO, et l'activité d'ICO ne fait pas partie de celle d'ECO, et n'en est pas complémentaire.

Exemple 6. JCO est une société résidente de l'État J. JCO produit et vend des aliments pour bébé dans l'État J et dans d'autres pays. JCO acquiert toutes les actions de KCO, société résidente de l'État K qui produit et distribue de la confiture et d'autres produits alimentaires similaires. JCO et KCO appartiennent toutes deux au secteur de l'agro-alimentaire, les produits des activités conduites par ces deux sociétés sont vendus dans les mêmes magasins et tout incident concernant la qualité des produits de l'une ou l'autre aurait un effet négatif sur les ventes des produits de chacune d'entre elles. Aux fins du paragraphe 3, l'activité d'entreprise de KCO est complémentaire de celle de JCO.

52. *Un élément de revenu provenant de l'État de la source est « accessoire » par rapport à l'activité menée dans l'État de résidence si la production de cet élément facilite l'exercice de l'activité de l'entreprise dans l'État de résidence. Un exemple de revenu accessoire est le placement temporaire du fonds de roulement d'une personne résidente d'un État contractant.*

53. *Une condition supplémentaire, énoncée à l'alinéa b) du paragraphe 3, vient s'ajouter à la règle générale énoncée à l'alinéa a) dans les cas où l'activité produisant l'élément de revenu en question est exercée soit par la personne qui produit le revenu, soit par des entreprises associées. L'alinéa b) prévoit que, dans ces circonstances, l'activité d'entreprise exercée dans l'État de résidence doit être substantielle par rapport à l'activité exercée dans l'État de la source. Le critère relatif au caractère substantiel est destiné à prévenir un cas très spécifique de chalandage fiscal dans lequel une société tente de remplir les conditions pour bénéficier d'avantages conventionnels en exerçant un minimum d'activités liées dans l'État contractant dont elle est résidente (autrement dit, des activités ayant un coût ou un effet économique minime par rapport à l'activité globale de la société).*

54. *La détermination du caractère substantiel est fondée sur l'ensemble des faits et circonstances et exige en outre la prise en compte de la taille relative des entreprises dans chaque État contractant, de la nature des activités exercées dans chaque État contractant et des contributions respectives de celles-ci à l'activité d'entreprise exercée dans chaque État contractant. Il faudra en tout état de cause, pour déterminer le caractère substantiel d'une activité et comparer entre elles des activités, tenir dûment compte des tailles relatives des économies et des marchés des deux États contractants.*

Exemple 7. LCO est une entreprise pharmaceutique résidente de l'État L. LCO exerce des activités de fabrication dans l'État L et conduit également des activités de recherche-développement dans cet État. Toutes les actions de LCO sont détenues par OCO, société résidente de l'État O. LCO a mis au point différents médicaments contre le paludisme qui sont produits, sous brevets et marques de commerce appartenant à LCO, par MCO, filiale de LCO résidente de l'État M. LCO vend ces médicaments, ainsi que d'autres qu'elle fabrique également, dans l'État L et dans d'autres États où le paludisme est quasi-inexistant. MCO verse des redevances à LCO en contrepartie de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle. Si l'on tient compte de la nature des activités conduites dans l'État L et dans l'État M et de leurs contributions relatives aux activités d'entreprise menées dans chaque État, les redevances versées ouvrent droit aux avantages de la Convention. Il convient de tenir compte également de la taille modeste du marché des antipaludéens dans l'État L (où les médicaments sont principalement vendus à des voyageurs se rendant dans des zones infestées par le paludisme) par rapport au même marché dans l'État M. Eu égard à la nature du marché du médicament dans chacun des pays ainsi qu'à l'ensemble des autres faits et circonstances, l'activité d'entreprise conduite par LCO dans l'État L peut être considérée comme présentant un caractère substantiel par rapport à l'activité menée par MCO dans l'État M.

Exemple 8 : PCO, société résidente de l'État P, qui est un pays en développement, a mis au point une ligne de cosmétiques de luxe intégrant des composants d'origine végétale que l'on trouve principalement dans l'État P. PCO détient les brevets et marques de fabrique et de commerce de ces produits. Les actions de PCO sont détenues en proportions égales par trois actionnaires : une société résidente de l'État P, une autre société résidente de l'État Q et une troisième société, résidente de l'État R. PCO récolte et conditionne les plantes dans l'État P. Celles-ci sont ensuite expédiées vers l'État S (grand pays très peuplé où il existe une forte demande de cosmétiques de luxe) où elles sont transformées en produits cosmétiques par SCO, filiale de PCO résidente de l'État S. Les produits sont distribués dans l'État S par une autre filiale, TCO, qui est également résidente de l'État S, sous les marques de fabrique et de commerce concédés sous licence à TCO par PCO. Les produits portent sur l'étiquette la mention « Fabriqué dans l'État S ». Compte tenu de la taille relativement modeste de l'économie de l'État P par comparaison à celle de l'État S, l'activité d'entreprise exercée par PCO dans l'État P

présente un caractère substantiel par rapport aux activités conduites par SCO et TCO dans l'État S.

55. *La détermination du caractère substantiel d'une activité au sens de l'alinéa b) doit également s'opérer séparément pour chaque élément de revenu provenant de l'État de la source. Il est dès lors possible qu'une personne ait droit aux avantages de la Convention au titre d'un élément de revenu, mais n'y ait pas droit au titre d'un autre. Si un résident d'un État contractant a droit aux avantages découlant de la Convention au titre d'un élément de revenu particulier en vertu du paragraphe 3, il a droit à tous les avantages de la Convention dans la mesure où ceux-ci concernent l'imposition de cet élément de revenu dans l'État de la source.*

56. *L'application du critère relatif au caractère substantiel de l'activité aux seuls revenus d'entreprises associées vise uniquement les cas d'abus potentiel et n'entrave pas certaines autres catégories d'activités ne constituant pas des abus, même si le bénéficiaire des revenus résident d'un État contractant peut être de taille très modeste par rapport à l'entité qui génère le revenu dans l'autre État contractant. Par exemple, si une petite entreprise de recherche installée dans un État met au point un processus dont elle concède la licence à une société pharmaceutique de très grande taille avec laquelle elle n'a pas de lien et qui est située dans un autre État, la taille de l'entreprise de recherche dans le premier État ne doit pas être comparée à la taille du fabricant. De même, une banque de taille modeste sise dans un État qui accorde un prêt à une société de très grande taille à laquelle elle n'est pas liée et qui mène une activité d'entreprise dans l'autre État n'a pas à satisfaire au critère relatif au caractère substantiel pour déterminer si elle peut bénéficier des avantages de la Convention au titre du paragraphe 3.*

57. *L'alinéa c) du paragraphe 3 prévoit des règles d'attribution spéciales aux fins de l'application des règles des alinéas a) et b) relatives au caractère substantiel d'une activité. Ainsi, ces règles s'appliquent pour déterminer si une personne satisfait au critère énoncé à l'alinéa a), à savoir si elle exerce activement une activité d'entreprise et si l'élément de revenu est lié à cette activité d'entreprise, et, pour faire la comparaison exigée pour établir si le critère relatif au « caractère substantiel » de l'activité figurant à l'alinéa b) est satisfait. En vertu de l'alinéa c), une personne se voit attribuer les activités menées par des personnes qui sont « liées » à elle. Une personne (« X ») est liée à une autre personne (« Y ») si X détient au moins 50 pour cent des intérêts bénéficiaires dans Y (ou si Y détient au moins 50 pour cent des intérêts bénéficiaires dans X). À cette fin, X est lié à une société si X détient des actions représentant au moins*

50 pour cent du total des droits de vote et de la valeur de la société ou au moins 50 pour cent des intérêts bénéficiaires dans le capital de la société. X est également lié à Y si une tierce personne détient au moins 50 pour cent des intérêts bénéficiaires à la fois dans X et Y. À cette fin, si X ou Y est une société, le seuil appliqué pour caractériser la relation avec cette ou ces sociétés est 50 pour cent au moins du total des droits de vote et de la valeur, ou 50 pour cent au moins des intérêts bénéficiaires dans le capital. Enfin, X est lié à Y si, compte tenu de l'ensemble des faits et des circonstances, X contrôle Y, Y contrôle X, ou X et Y sont contrôlés par la même personne ou les mêmes personnes.

Paragraphe 4 – Avantages dérivés

[4. Une société résidente d'un État contractant aura également droit à un avantage conféré par la Convention si, au moment où l'avantage devrait être accordé,

- a) au moins 95 pour cent du total des droits de vote et de la valeur des actions de la société (et au moins 50 pour cent de toute catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés) sont détenus, directement ou indirectement, par au plus sept personnes qui sont des bénéficiaires équivalents, sous réserve que, dans le cas d'une détention indirecte, chaque détenteur intermédiaire soit lui-même un bénéficiaire équivalent, et*
- b) moins de 50 pour cent du revenu brut de la société, tel que calculé dans l'État de résidence de cette dernière, au titre de la période d'imposition incluant la date à laquelle ce revenu est versé ou dû, directement ou indirectement, à des personnes qui ne sont pas des bénéficiaires équivalents, sous la forme de paiements (sauf paiements de pleine concurrence effectués dans le cadre ordinaire d'activités d'entreprise au titre de services ou biens corporels) déductibles aux fins des impôts visés par la Convention dans l'État de résidence de la société.]⁹*

58. On trouve dans le paragraphe 4 la description du critère des avantages dérivés qui peut possiblement s'appliquer à tous les avantages conférés par la Convention même s'il s'applique séparément à chaque élément de revenu. En règle générale, l'application de ce critère conduit à autoriser certaines sociétés résidentes d'un État contractant à bénéficier d'avantages conférés par la Convention si les détenteurs de ces sociétés auraient eu droit au moins au même avantage si les revenus en question leur avaient été versés directement. Pour être admissible en vertu de ce

paragraphe, la société doit satisfaire à un critère de propriété ainsi qu'à un critère d'érosion de la base d'imposition.

59. *On trouve dans l'alinéa a) une description du critère de propriété selon lequel au plus sept bénéficiaires équivalents doivent détenir des actions représentant au moins 95 pour cent du total des droits de vote et de la valeur de la société et au moins 50 pour cent de toute catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés. La détention peut être directe ou indirecte. L'expression « bénéficiaire équivalent » est définie à l'alinéa f) du paragraphe 6.*

60. *On trouve dans l'alinéa b) une description du critère d'érosion de la base d'imposition. Une société satisfait à ce critère si moins de 50 pour cent de son revenu brut (tel que calculé dans l'État de résidence de la société), au titre de la période d'imposition incluant le moment où ce revenu est versé ou dû, directement ou indirectement, à une ou des personnes qui ne sont pas des bénéficiaires équivalents, sous la forme de paiements déductibles, aux fins des impôts visés par la Convention, dans l'État de résidence de la personne. Sont cependant exclus les paiements de pleine concurrence effectués dans le cadre ordinaire d'activités d'entreprise au titre de services ou biens corporels. Ce critère est le même quelle critère d'érosion de la base d'imposition prévu au sous-alinéa e)ii) du paragraphe 2, si ce n'est que le critère figurant à l'alinéa b) vise les paiements induisant une érosion de la base d'imposition au profit de personnes qui ne sont pas des bénéficiaires équivalents.*

61. *Certains États considèrent que les dispositions du paragraphe 4 présentent un risque inacceptable de chalandage fiscal dans le cas de paiements qui seraient déductibles dans l'État de la source. Ces États préfèrent restreindre le champ d'application du paragraphe 4 aux seuls dividendes, ceux-ci n'étant généralement pas déductibles. Les États qui adoptent cette position sont libres de modifier la première partie du paragraphe et de la rédiger comme suit :*

4. Une société qui est résidente d'un État contractant peut également prétendre au bénéfice d'un avantage qui aurait par ailleurs été accordé en vertu de l'article 10 de la Convention si, à la date à laquelle cet avantage aurait été accordé :

Paragraphe 5- Dérogation laissée à la discrétion des autorités compétentes

5. Si un résident d'un État contractant ne peut bénéficier, en vertu des dispositions précédentes du présent article, de l'ensemble des avantages conférés par la Convention, l'autorité compétente de l'État contractant qui aurait par ailleurs dû accorder les avantages auxquels il n'a pas droit le traitera néanmoins comme s'il avait droit à ces avantages, ou s'il avait droit à des avantages à l'égard d'un élément de revenu ou de capital en particulier, dès lors qu'elle estime, à la demande du résident et après examen des faits et circonstances propres à chaque cas, que l'un des principaux objets de l'établissement, de l'acquisition ou du maintien du résident et de l'exercice de ses activités n'était pas de bénéficier des avantages de la Convention. L'autorité compétente de l'État contractant à laquelle la demande a été adressée consultera l'autorité compétente de l'autre État avant de rejeter une demande présentée par un résident de l'autre État en vertu du présent paragraphe.

62. Le paragraphe 5 prévoit que, lorsqu'en vertu des paragraphes 1 à 4 de l'article, un résident de l'un des États contractants ne peut prétendre à tous les avantages de la Convention dans un État contractant, ce résident peut demander à l'autorité compétente de cet État de lui accorder ces avantages. Dans ce cas, l'autorité compétente accordera ces avantages si, après examen des faits et circonstances propres à chaque cas, elle conclut que la constitution, l'acquisition ou la conservation de ce résident et l'exercice de ses activités n'ont pas parmi leurs objets principaux d'obtenir les avantages prévus par la Convention.

63. Pour se voir accorder les avantages prévus au paragraphe 5, la personne doit prouver à l'autorité compétente de l'État auquel le bénéfice de ces avantages est demandé qu'il existe des raisons claires, sans rapport avec l'intention d'obtenir le bénéfice des avantages de la Convention, justifiant sa constitution, son acquisition ou sa conservation et que toutes les raisons liées à l'obtention des avantages de la Convention sont manifestement secondaires par rapport aux raisons sans lien avec cet objectif. Par ce paragraphe, un résident qui ne peut prétendre aux avantages de la Convention au titre des paragraphes 1 à 4, mais qui est suffisamment lié à son État de résidence, compte tenu de considérations autres que celles visées par les critères objectifs décrits aux paragraphes 1 à 4, peut être en mesure d'obtenir le bénéfice des avantages de la Convention. Lorsqu'une société étrangère exerce une activité d'entreprise mobile comme le financement, ou lorsque le droit interne d'un État

contractant prévoit l'application d'un traitement fiscal spécial à certaines activités exercées dans des zones particulières ou à l'étranger (par exemple, la concession de licences d'exploitation d'actifs incorporels), ces facteurs n'apporteront pas la preuve qu'il existe une raison autre que fiscale d'établir l'activité d'entreprise dans cet État. En pareil cas, il doit exister d'autres facteurs liés à l'activité d'entreprise pour justifier l'établissement d'une relation suffisante avec cet État. Le paragraphe 5 prévoit aussi que l'autorité compétente de l'État auquel la demande est adressée se concertera avec l'autre État avant de refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder les avantages à un résident de cet autre État.

64. *Même si une demande présentée au titre du paragraphe 5 sera habituellement adressée par un résident d'un État contractant à l'autorité compétente de l'autre État contractant, il peut arriver qu'un résident d'un État contractant demande à l'autorité de son propre État de résidence d'accorder une dérogation au titre du paragraphe 5. Il peut en être ainsi si les avantages de la Convention faisant l'objet de la demande sont accordés par l'État de résidence, notamment s'il s'agit des avantages prévus par les dispositions des articles 23 A et 23 B concernant la suppression de la double imposition. En pareil cas, l'autorité compétente n'est pas tenue, en vertu du paragraphe, de se concerter avec l'autorité compétente de l'autre État avant de rejeter la demande.*

65. *Aux termes du paragraphe, l'autorité compétente dispose d'une grande latitude. Elle est toutefois tenue de prendre en compte, avant de prendre une décision, des faits et circonstances propres à chaque cas et de se concerter avec l'autorité compétente de l'autre État contractant avant de rejeter une demande visant à bénéficier d'avantages. La première exigence a pour but de veiller à ce que l'autorité compétente examine chaque demande pour ce qu'elle est, tandis que l'exigence relative à la consultation de l'autorité compétente de l'autre État contractant a pour but de faire en sorte que les États contractants traitent des cas similaires de manière cohérente et puissent justifier leur décision en se fondant sur les faits et circonstances propres à chaque cas. Cela étant, ce processus de consultation ne requiert pas que l'autorité compétente à laquelle la demande a été présentée obtienne l'accord de l'autorité compétente qui est consultée. C'est à l'autorité compétente à laquelle la demande est adressée que revient le pouvoir de décider s'il y a lieu de considérer que ni la constitution, l'acquisition ou la conservation du résident qui a fait la demande, ni la conduite de ses activités n'ont parmi leurs objets principaux d'obtenir les avantages prévus par la Convention. Une fois qu'elle a conclu que tel est bien le cas, elle est tenue d'accorder les*

avantages, mais elle peut alors accorder tous les avantages de la Convention au contribuable qui a fait la demande ou n'en accorder que certains. Elle peut par exemple n'accorder que les avantages se rapportant à un élément de revenu en particulier dans les mêmes conditions que celles prévues au paragraphe 3. Elle peut en outre imposer des conditions, notamment limiter dans le temps la portée de la dérogation accordée.

66. *Une demande appelant une décision visée au paragraphe 5 peut être présentée soit avant (en vue d'obtenir par exemple une décision anticipée), soit après la constitution, l'acquisition ou la conservation de la personne pour laquelle la demande est présentée. Lorsque la demande est présentée après cette constitution, acquisition ou conservation, tous les avantages accordés par l'autorité compétente peuvent l'être avec effet rétroactif.*

67. *Il est impossible de fournir une liste détaillée de l'ensemble des faits et circonstances susceptibles d'être pris en considération pour prendre une décision visée au paragraphe 5, mais l'on peut citer à titre d'exemples l'historique, la structure, l'actionnariat et les activités d'entreprise du résident auteur de la demande, le fait que ce résident est ou non une entité établie de longue date qui a été acquise récemment par des non-résidents pour des motifs autres que fiscaux, le fait que le résident exerce, ou non, des activités d'entreprise présentant un caractère substantiel, et le fait que le revenu du résident au bénéfice duquel les avantages sont revendiqués fait, ou non, l'objet d'une double imposition et que l'établissement ou l'utilisation du résident donne, ou non, lieu à la non-imposition ou à une imposition réduite du revenu.*

68. *Afin de réduire les répercussions sur les ressources de l'obligation faite aux autorités compétentes d'examiner les demandes de dérogation laissée à leur discrétion et de décourager les demandes clairement injustifiées, les États contractants jugeront peut-être utile de publier des lignes directrices sur les types de situations dont ils considèrent qu'elles pourront, ou non, justifier l'octroi d'une dérogation. Néanmoins, aucune condition administrative imposée aux requérants par un État contractant ne devrait dissuader les intéressés de présenter une demande lorsqu'ils estiment avoir une chance raisonnable de démontrer à une autorité compétente que les avantages devraient leur être accordés.*

Paragraphe 6 – Définitions

6. Aux fins des dispositions précédentes du présent article :

69. *Le paragraphe 6 prévoit un certain nombre de définitions applicables aux fins du présent article. Celles-ci complètent celles figurant aux articles 3, 4 et 5 de la Convention, qui s'appliquent pour toute la Convention.*

L'expression « marché boursier reconnu » – alinéa a)

a) l'expression « marché boursier reconnu » désigne :

- i) [liste des marchés boursiers agréés à la date de la signature] et**
- ii) tout autre marché boursier que les autorités compétentes des États contractants conviennent de reconnaître ;**

70. *La définition de l'expression « marché boursier reconnu » recouvre tout d'abord les marchés boursiers agréés par les deux États contractants à la date de la signature de la Convention. Bien qu'il s'agisse généralement de marchés boursiers établis dans les États contractants, sur lesquels les actions des sociétés et entités cotées en bourse résidentes de ces États font l'objet de transactions, les marchés boursiers correspondant à la définition ne doivent pas obligatoirement être établis dans un des États contractants. Il est ainsi tenu compte du fait qu'en raison de la mondialisation des marchés financiers et de la prédominance de certains grands centres financiers, les actions de nombre de sociétés cotées en bourse font aujourd'hui l'objet de transactions sur plus d'un marché boursier et sur des marchés boursiers situés en dehors de l'État de résidence de ces sociétés.*

71. *La définition permet aussi aux autorités compétentes des États contractants de compléter, par un accord ultérieur, la liste des marchés boursiers visés dans la définition à la date de la signature de la Convention.*

L'expression « principale catégorie d'actions » – alinéa b)

b) l'expression « principale catégorie d'actions » désigne les actions ordinaires de la société, sous réserve que cette catégorie d'actions représente la majorité des droits de vote et de la valeur de la société. Si ce n'est le cas d'aucune catégorie d'actions ordinaires, la « principale catégorie d'actions » est constituée des catégories qui, conjointement, représentent une majorité du total des droits de vote et de la valeur de la société. Dans le cas d'une société à double cotation, la principale catégorie

d'actions sera déterminée après exclusion des actions à droit de vote spécial qui ont été émises pour créer la structure à double cotation.

72. La définition de l'expression « principale catégorie d'actions » vise les actions ordinaires d'une société, mais seulement si celles-ci représentent la majorité des droits de vote et de la valeur de la société. Si une société ne compte qu'une seule catégorie d'actions, celle-ci constituera naturellement sa « principale catégorie d'actions ». Si elle en compte plus d'une, il est nécessaire de déterminer laquelle ou lesquelles constituent la « principale catégorie d'actions », c'est-à-dire la catégorie d'action, ou l'ensemble composé de plusieurs catégories d'actions, qui représente globalement une majorité des droits de vote et de la valeur de la société. Si, dans le cas particulier d'une société comptant plusieurs catégories d'actions, on peut imaginer que l'on puisse dénombrer plus d'un ensemble de catégories d'actions représentant la majorité des droits de vote et de la valeur de la société, il suffit alors de déterminer lequel de ces ensembles satisfait aux critères décrits à l'alinéa c) du paragraphe 2 pour que la société puisse prétendre au bénéfice des avantages conférés par la Convention au titre de cette disposition (les avantages ne pourront être refusés à la société même si l'on peut distinguer un deuxième ensemble d'actions représentant la majorité des droits de vote et de la valeur de la société, mais ne satisfaisant pas aux critères énoncés à l'alinéa c) du paragraphe 2).

73. La dernière partie de la définition prévoit une exception visant les sociétés qui font partie d'une structure à double cotation telle que définie à l'alinéa g). Les actions à droit de vote spécial émises pour la création de la structure à double cotation ne doivent pas être prises en compte aux fins de la détermination de la principale catégorie d'actions de ces sociétés.

L'expression « catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés »

c) l'expression « catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés » désigne les catégories d'actions d'une société résidente de l'un des États contractants qui permettent à l'actionnaire de bénéficier de droits de participation plus élevés, par voie de dividendes, de paiements lors de rachats d'action ou autrement, dans les revenus engendrés dans l'autre État contractant par des actifs particuliers ou des activités particulières de la société ;

74. Selon la définition de l'expression « catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés », utilisée aux paragraphes 4 et aux alinéas c) et e) du paragraphe 2, on considère qu'une société est dotée d'une catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés si certaines de ses actions en circulation sont assorties de conditions ou autres dispositions conférant à leur détenteur le droit à une fraction du revenu tiré par la société de l'autre État contractant qui est supérieure à celle à laquelle il aurait pu prétendre en l'absence de ces conditions ou dispositions. Ainsi, par exemple, une compagnie résidente d'un État contractant est dotée d'une « catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés » si certaines de ses actions en circulation sont des « actions reflet » ouvrant droit au versement de dividendes selon une formule permettant de les évaluer à un niveau correspondant approximativement au rendement de ses actifs employés dans l'autre État contractant. L'exemple qui suit illustre cette situation.

Exemple : ACO est une société résidente de l'État A. ACO a émis des actions ordinaires et des actions privilégiées. Les actions ordinaires sont cotées en bourse et font régulièrement l'objet de transactions sur le marché boursier principal de l'État A. Les actions privilégiées ne comportent pas de droits de vote et donnent le droit à leurs détenteurs de recevoir des dividendes d'un montant égal aux paiements d'intérêts qu'ACO reçoit d'emprunteurs sans lien avec elle de l'État B. Les actions privilégiées sont intégralement détenues par un unique actionnaire résident d'un État tiers avec lequel l'État B n'a pas conclu de convention fiscale. Les actions ordinaires représentent plus de 50 pour cent de la valeur d'ACO et 100 pour cent des droits de vote. Étant donné que le détenteur des actions privilégiées est en droit de recevoir des paiements correspondant aux revenus d'intérêts d'ACO générés dans l'État B, les actions privilégiées constituent une « catégorie d'actions conférant des droits disproportionnés » et, comme ces actions ne font pas régulièrement l'objet de transactions sur un marché boursier reconnu, ACO ne pourra prétendre aux avantages visés à l'alinéa c) du paragraphe 2.

L'expression « siège principal de direction et de contrôle » – alinéa d)

d) le « siège principal de direction et de contrôle » d'une société sera situé dans l'État contractant dont elle est un résident seulement si les directeurs et les cadres supérieurs exercent, au quotidien, la responsabilité d'un plus grand nombre de décisions stratégiques, financières et opérationnelles pour la société (y compris ses filiales directes et indirectes) dans cet État

contractant que dans tout autre État et si leurs collaborateurs exercent, au quotidien, davantage d'activités nécessaires à la préparation et à la prise de ces décisions dans cet État contractant que dans tout autre État ;

75. L'expression « siège principal de direction et de contrôle » est utilisée à l'alinéa c) du paragraphe 2. Cette expression est à distinguer de celle de « siège de direction effective » utilisé auparavant [date de la prochaine mise à jour] au paragraphe 3 de l'article 4 et dans diverses dispositions, notamment l'article 8, applicables à l'exploitation de navires et d'aéronefs. Le concept de « siège de direction effective » a été interprété par certains États comme étant d'ordinaire le lieu où la personne ou le groupe de personnes exerçant les fonctions les plus élevées (par exemple, un conseil d'administration) prend les décisions sur le plan de la gestion et sur le plan commercial qui sont nécessaires pour la conduite des activités de la société. La notion de siège principal de direction et de contrôle, en revanche, fait référence au lieu où s'exerce, au quotidien, la responsabilité de la direction de la société (et de ses filiales). Un siège principal de direction et de contrôle sera situé dans l'État de résidence de cette société seulement si les directeurs et les cadres supérieurs exercent, au quotidien, la responsabilité d'un plus grand nombre de décisions stratégiques, financières et opérationnelles pour la société (y compris des filiales directes et indirectes) dans cet État que dans l'autre État ou dans tout État tiers, et si leurs collaborateurs les aidant à prendre ces décisions exercent également leurs activités dans cet État. Il s'agit dès lors d'examiner les activités globales des personnes concernées pour déterminer le lieu où ces activités sont exercées. Dans la plupart des cas, une condition nécessaire, mais non suffisante, sera que le siège de la société (c'est-à-dire le lieu où se trouvent normalement le PDG et les cadres supérieurs) soit situé dans l'État contractant dont la société est résidente.

76. Pour déterminer le siège principal de direction et de contrôle d'une société, il est nécessaire de déterminer quelles sont les personnes qui doivent être considérées comme des « directeurs et cadres supérieurs ». Dans certains pays, il ne sera pas nécessaire de chercher au-delà du cercle des cadres qui sont membres du conseil d'administration (les administrateurs exerçant des fonctions dans l'entreprise). Ce ne sera toutefois pas toujours le cas ; en réalité, les personnes concernées peuvent être des salariés des filiales de la société si ce sont eux qui prennent les décisions stratégiques, financières et opérationnelles. Il conviendrait en outre de tenir compte des mécanismes de vote spéciaux qui font que

certaines personnes prennent certaines décisions sans que d'autres personnes y participent.

L'expression « organisme de placement collectif » – alinéa e)

e) définition possible de l'expression « organisme de placement collectif »¹ :

[Note de bas de page 1 : Une définition de l'expression « organisme de placement collectif » devrait être ajoutée si une disposition relative à ces organismes est incluse au paragraphe 2 (voir alinéa 2 f)],

77. *Comme indiqué dans la note de bas de page de l'alinéa e), une définition de l'expression « organisme de placement collectif » devrait être ajoutée si une disposition relative à ces organismes figure à l'alinéa f) du paragraphe 2. Cette définition devrait permettre d'identifier les organismes de placement collectif de chaque État contractant auxquels la disposition est applicable et pourrait être rédigée comme suit :*

le terme « organisme de placement collectif » désigne, dans le cas de [État A], un [] et, dans le cas de [État B], un [], ainsi que tout autre fonds d'investissement, accord contractuel ou entité établi dans l'un des États contractants que les autorités compétentes des États contractants conviennent de considérer comme un organisme de placement collectif aux fins du présent paragraphe ;

78. *Comme expliqué au paragraphe 6.22 des Commentaires sur l'article 1, il est prévu que les parties entre crochets contiennent des renvois spécifiques aux dispositions pertinentes de la législation fiscale ou de la législation sur les valeurs mobilières de chaque État contractant concernant les OPC auxquels l'alinéa f) du paragraphe 2 devrait s'appliquer.*

L'expression « bénéficiaire équivalent » – alinéa f)¹

lf) l'expression « bénéficiaire équivalent » désigne un résident de tout autre État, mais seulement si ce résident

i) A) pourrait prétendre à tous les avantages d'une convention de portée générale visant à éviter la double imposition conclue entre l'autre État et l'État auprès duquel l'octroi des avantages de la présente Convention est revendiqué en vertu de dispositions analogues à celles des alinéas a), b) ou d), ou du sous-alinéa i) de l'alinéa c), du

paragraphe 2 du présent article, pour autant que, si cette convention ne contient pas un article complet sur la limitation des avantages, la personne pourrait prétendre aux avantages de la présente Convention en vertu des alinéa a), b) ou d), ou du sous-alinéa i) de l'alinéa c), du paragraphe 2 du présent article si cette personne était un résident de l'un des États en vertu de l'article 4 de la présente Convention ; et

B) en ce que concerne les revenus visés aux articles 10, 11 et 12 de la présente Convention, pourrait, en vertu de cette convention, bénéficier d'un taux d'imposition pour la catégorie particulière de revenus au titre desquels les avantages sont revendiqués en vertu de la présente Convention qui soit au moins aussi bas que le taux applicable en vertu de la présente Convention ; ou

ii) est un résident d'un État contractant qui peut prétendre aux avantages de la présente Convention en vertu de l'alinéa a), de l'alinéa b), du sous-alinéa i) de l'alinéa c), ou de l'alinéa d) du paragraphe 2 du présent article ;

[Note de bas de page 1 : La décision d'insérer une définition de l'expression « bénéficiaire équivalent » sera fonction des décisions qui seront prises concernant l'insertion du paragraphe 4 et l'utilisation de cette expression à l'alinéa f) du paragraphe 2 traitant des organismes de placement collectif.]

79. La définition de la notion de « bénéficiaire équivalent » est utile aux fins du critère des avantages dérivés décrit au paragraphe 4, mais peut également l'être aux fins de l'alinéa f) du paragraphe 2 selon la manière dont cette règle est rédigée.

80. Aux termes de cette définition, une personne peut être considérée comme « bénéficiaire équivalent » à deux titres.

81. Premièrement, une personne peut être considérée comme un bénéficiaire équivalent parce qu'elle a droit aux avantages prévus par la convention fiscale conclue entre l'État de la source et un État tiers dont elle est résidente. Deux conditions doivent alors être réunies. La première, énoncée au sous-alinéa i)A), est qu'elle doit avoir droit à des avantages équivalents en vertu de la convention fiscale applicable. Pour que cette condition soit satisfaite, la personne doit avoir droit, en vertu de dispositions analogues aux règles énoncées aux alinéas a), b) ou d), ou au sous-alinéa i) de l'alinéa c), du paragraphe 2, à tous les avantages

conférés par une convention fiscale de large portée conclue entre l'État contractant auprès duquel le bénéfice des avantages est revendiqué et un État tiers. Si la convention en question ne contient pas un article complet sur la limitation des avantages, cette condition est satisfaite uniquement si la personne aurait droit, si elle était résidente de l'un des États contractants, aux avantages conférés par la Convention selon les critères énoncés aux alinéas a), b) ou d), ou au sous-alinéa i) de l'alinéa c), du paragraphe 2.

82. *La seconde condition figurant au sous-alinéa i)B) s'applique uniquement aux avantages applicables aux dividendes, intérêts et redevances. Cette condition supplémentaire est que la personne doit avoir droit à l'application d'un taux d'imposition au moins aussi bas que celui qui s'appliquerait, aux termes de la Convention, à ce type de revenu. Dès lors, les taux à comparer sont : (1) le taux d'imposition que l'État de la source aurait appliqué si un résident de l'autre État contractant ayant le statut de personne admissible était le bénéficiaire effectif du revenu ; et (2) le taux d'imposition que l'État de la source aurait appliqué si le résident de l'État tiers avait reçu directement le revenu de l'État de la source.*

83. *La condition énoncée au sous-alinéa i)A) selon laquelle une personne doit avoir droit à « tous les avantages » d'une convention fiscale de portée générale conduit à exclure les personnes ayant droit à des avantages uniquement au titre de certaines catégories de revenu. Supposons par exemple que la société CCO, résidente de l'État C, soit la société-mère d'ACO, société résidente de l'État A. CCO exerce une activité d'entreprise dans l'État C et, pour cette raison, a droit aux avantages conférés par une convention conclue entre l'État C et l'État B si elle perçoit directement des dividendes d'une filiale d'ACO située dans l'État B. Cela ne suffit toutefois pas aux fins de l'application du sous-alinéa i)B) de la convention conclue entre l'État A et l'État B. CCO ne peut donc être un bénéficiaire équivalent dès lors qu'elle n'a droit aux avantages qu'au titre de certaines catégories de revenu eu égard à la disposition relative aux « avantages dérivés » figurant dans la convention conclue entre l'État A et l'État C. Cependant, il est possible de ne pas s'arrêter à CCO et de remonter jusqu'à sa société-mère afin de déterminer si cette dernière est un bénéficiaire équivalent.*

84. *Deuxièmement, peuvent être considérés comme « bénéficiaire équivalent » selon le critère défini au sous-alinéa ii) uniquement les résidents de l'un des États contractants satisfaisant aux conditions suivantes. Ces résidents sont des « bénéficiaires équivalents » s'ils peuvent*

prétendre au bénéfice des avantages de la convention en vertu des alinéas a), b) ou d), ou au sous-alinéa i) de l'alinéa c), du paragraphe 2. Une personne physique résidente de l'un des États contractants sera donc un bénéficiaire équivalent indépendamment du fait qu'elle aurait eu droit aux mêmes avantages si elle avait perçu le revenu directement. Cette deuxième situation illustre bien que le fait d'être détenue par certains résidents d'un État contractant n'empêche pas une société d'être admise au bénéfice des avantages d'une convention fiscale en vertu du paragraphe 4. Si, par exemple, une société résidente de l'État A est détenue à hauteur de 90 pour cent par cinq sociétés résidentes de l'État C qui satisfont aux conditions énoncées au sous-alinéa i) de la définition et à hauteur de 10 pour cent par une personne physique résidente de l'État A ou de l'État B, cette société est en mesure de satisfaire aux conditions figurant à l'alinéa a) du paragraphe 4.

L'expression « structure à double cotation » – alinéa g)

- g) l'expression « structure à double cotation » désigne un mécanisme par lequel deux sociétés cotées en bourse, tout en conservant leur statut d'entités juridiques distinctes, des actionnariats distincts et des cotations distinctes, alignent leurs orientations stratégiques et les intérêts économiques de leurs actionnaires respectifs grâce :*
- i) à la constitution de conseils d'administration communs (ou pratiquement identiques), sauf dans les cas où les dispositions réglementaires les en empêchent ;*
 - ii) à la gestion unifiée des activités des deux sociétés ;*
 - iii) à des distributions équivalentes aux actionnaires par application d'une clé de répartition entre les deux sociétés, y compris en cas de liquidation de l'une des sociétés ou des deux ;*
 - iv) au fait que les actionnaires des deux sociétés votent dans les faits comme un organe décisionnel unique sur les questions importantes touchant à leurs intérêts conjugués ; et*
 - v) à des garanties croisées, ou un soutien financier similaire, pour des transactions ou engagements significatifs ou réciproques, sauf lorsque les dispositions réglementaires applicables ont pour effet d'empêcher l'octroi de ces garanties ou de ce soutien financier ; et*

85. L'expression « structure à double cotation » est utile aux fins de la définition de l'expression « principale catégorie d'actions », elle-même

pertinente aux fins des dispositions de l'alinéa c) du paragraphe 2 en vertu duquel certaines sociétés cotées en bourse sont des « personnes admissibles ».

86. *La définition fait référence à un mécanisme, adopté par certaines sociétés cotées en bourse, matérialisant une unification de la gestion, de l'exploitation, des droits des actionnaires, de l'objet et de la finalité qui se concrétise par une série d'accords entre les deux sociétés-mères, dont chacune est cotée séparément de l'autre, ainsi que par des dispositions figurant dans leurs statuts respectifs, prévoyant notamment, dans certains cas, la création d'actions à droit de vote spécial. Dans une telle structure, la position des actionnaires de la société-mère est, dans la mesure du possible, la même que s'ils détenaient des actions dans une seule société, ouvrant les mêmes droits au bénéfice des dividendes et les mêmes droits sur les actifs des sociétés faisant partie de la structure à double cotation en cas de liquidation. Les différentes parties de la définition renvoient aux différentes caractéristiques que présentent ces accords.*

L'expression « actions » – alinéa h)

h) s'agissant des entités qui ne sont pas des sociétés, l'expression « actions » renvoie à des titres de participation qui sont comparables à des actions.

87. *L'article ne contient pas de définition exhaustive du terme « actions », lequel, aux termes du paragraphe 2 de l'article 3, doit généralement avoir le sens qu'il a dans le droit interne de l'État qui applique l'article. L'alinéa h) prévoit néanmoins que le terme « actions », lorsqu'il est employé dans l'article à propos d'entités qui n'émettent pas d'actions (notamment des fiducies [trusts]) fait référence à des titres de participation qui sont assimilables à des actions. Il s'agit généralement de titres donnant droit à leurs détenteurs au bénéfice d'une fraction du revenu ou des actifs de l'entité.*

ii) *Règles visant les mécanismes dont un des objets principaux est d'obtenir le bénéfice des avantages prévus par la Convention*

17. Comme indiqué précédemment, la règle qui suit, reprenant des principes déjà posés dans les Commentaires sur l'article 1 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, ouvre une voie permettant de s'attaquer de manière plus générale aux cas de contournement de la Convention, y compris aux situations de chalandage fiscal, qui ne sont pas couverts par la règle anti-abus spécifique de la sous-section A.1(a)(i) ci-avant (comme certains mécanismes de financement faisant appel à des sociétés relais) :

ARTICLE X

DROIT AUX AVANTAGES

[Paragraphes 1 à 6 : voir sous-section A.1(a)(i) ci-avant]

7. *Nonobstant les autres dispositions de la présente Convention, un avantage au titre de celle-ci ne sera pas accordé au titre d'un élément de revenu ou de capital si l'on peut raisonnablement conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi de cet avantage était un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction ayant permis, directement ou indirectement, de l'obtenir, à moins qu'il soit établi que l'octroi de cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la présente Convention.*

Commentaires sur la règle des objets principaux

1. *Le paragraphe 7 reflète les principes définis aux paragraphes 9.5, 22, 22.1 et 22.2 des Commentaires sur l'article 1, selon lesquels les avantages d'une convention fiscale ne devraient pas être accordés lorsqu'un des objets principaux des montages ou des transactions concernés est de bénéficier d'un avantage en vertu d'une convention fiscale et que l'octroi de cet avantage dans de telles circonstances serait contraire à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la convention fiscale. Les principes qui sous-tendent ces paragraphes sont intégrés dans la Convention elle-même par l'intermédiaire du paragraphe 7 en vue de permettre aux États de s'attaquer aux cas d'utilisation abusive de la Convention même si leur droit interne ne leur permet pas de le faire conformément aux paragraphes 22 et 22.1 des Commentaires sur l'article 1 ; se trouve par ailleurs confirmée dans le paragraphe 7 l'application de ces principes aux États dont le droit interne permet déjà de s'attaquer à ces cas.*

2. *Les dispositions du paragraphe 7 ont pour effet de permettre de refuser un avantage conféré par une convention fiscale lorsqu'un des principaux objets d'un montage ou d'une transaction est l'octroi d'un avantage prévu par la Convention. En pareil cas cependant, la dernière partie du paragraphe offre à la personne à laquelle le bénéficiaire de l'avantage serait par ailleurs refusé la possibilité d'établir que l'octroi de l'avantage, dans ces circonstances, serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la Convention.*

3. *Le paragraphe 7 complète et ne limite en rien la portée et l'application des dispositions des paragraphes 1 à 6 (règle de la limitation des avantages) : un avantage qui est refusé en vertu de ces paragraphes n'est pas un « avantage au titre de la Convention » susceptible d'être également refusé en vertu du paragraphe 7.*

4. *Inversement, le fait qu'une personne peut prétendre aux avantages accordés en vertu des paragraphes 1 à 6 ne signifie pas que ceux-ci ne peuvent pas être refusés en vertu du paragraphe 7. Les paragraphes 1 à 6 contiennent des règles qui sont principalement centrées sur la nature juridique, la propriété et les activités en général des résidents d'un État contractant. Comme le montre l'exemple décrit au paragraphe suivant, ces règles n'impliquent pas qu'une transaction ou un montage auquel ce résident est partie ne peut pas constituer une utilisation abusive d'une disposition d'une convention.*

5. *Le paragraphe 7 doit se lire dans le contexte des paragraphes 1 à 6 et du reste de la Convention, y compris de son préambule. Cela est particulièrement important aux fins de déterminer l'objet et le but des dispositions pertinentes de la Convention. Prenons, à titre d'exemple, une société cotée en bourse dont les actions font régulièrement l'objet de transactions sur un marché boursier reconnu dans l'État contractant dont elle est résidente et qui tire des revenus de l'autre État contractant. Dès lors que cette société est une « personne admissible » au sens du paragraphe 2, il est évident que les avantages découlant de la Convention ne devraient pas être refusés uniquement au regard de la structure de l'actionnariat de cette société, par exemple, parce qu'une majorité des actionnaires ne sont pas résidents du même État. L'alinéa 2 c) a pour objet et pour but d'établir un seuil pour le droit aux avantages d'une des sociétés cotées en bourse dont les actions sont détenues par des résidents d'États différents. Le fait qu'une telle société est une personne admissible ne signifie toutefois pas que les avantages pourraient lui être refusés au titre du paragraphe 7 pour des motifs sans rapport avec la composition de son actionnariat. Supposons par exemple que cette société cotée en bourse est une banque agissant comme société relais dans un montage financier destiné à faire bénéficier indirectement un résident d'un État tiers de*

l'avantage d'une imposition à la source plus faible en vertu d'une convention. Dans ce cas, le paragraphe 7 s'appliquerait pour refuser cet avantage étant donné que l'alinéa 2 c), lorsqu'il est lu dans le contexte du reste de la Convention et, en particulier, de son préambule, ne peut être considéré comme ayant pour objet, partagé par les deux États contractants, d'autoriser des transactions constituant du chalandage fiscal conclues par des sociétés cotées en bourse.

6. *Les dispositions du paragraphe 7 prévoient qu'un État contractant peut refuser les avantages d'une convention fiscale lorsqu'il est raisonnable de conclure, au vu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, qu'un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction était l'obtention d'un avantage au titre d'une convention fiscale. Ces dispositions visent à garantir que les conventions fiscales sont appliquées conformément à l'objectif poursuivi lors de leur conclusion, à savoir octroyer des avantages au titre d'échanges de biens et de services et de mouvements de capitaux et de personnes effectués de bonne foi, et non grâce à des montages ayant pour objet principal d'obtenir un traitement fiscal plus favorable.*

7. *L'expression « avantage » recouvre toutes les formes de limitation (réduction, exonération, report ou remboursement d'impôt) de l'imposition appliquées à l'État de la source au titre des articles 6 à 22 de la Convention, la suppression de la double imposition prévue à l'article 23 et la protection assurée aux résidents et aux nationaux d'un État contractant au titre de l'article 24 ainsi que toute autre limitation similaire. Elle recouvre par exemple les limitations des droits d'imposition d'un État contractant sur les dividendes, intérêts ou redevances provenant de cet État et versés à un résident de l'autre État (qui est le bénéficiaire effectif) en vertu des articles 10, 11 ou 12. Elle recouvre en outre les limitations des droits d'imposition d'un État contractant, en vertu de l'article 13, sur les gains provenant de l'aliénation, par un résident de l'autre État, de biens mobiliers situés dans le premier État. Lorsqu'une convention fiscale prévoit d'autres limitations (comme une disposition prévoyant un crédit d'impôt fictif), les dispositions du présent article s'appliquent également à cet avantage.*

8. *La formule « ayant permis, directement ou indirectement, de l'obtenir » est volontairement très large de façon à couvrir les situations dans lesquelles la personne qui revendique l'octroi des avantages conférés par une convention fiscale peut le faire au titre d'une transaction qui n'est pas celle qui a été effectuée en ayant comme un de ses principaux objets l'obtention de cet avantage. L'exemple qui suit illustre cette situation.*

TCo, société résidente de l'État T, a acquis la totalité des actions et des dettes de SCo, société résidente de l'État S, précédemment détenues par la société mère de SCo. Il s'agissait notamment d'un prêt consenti à SCo à un taux d'intérêt de 4 pour cent, payable sur demande. L'État T n'a pas conclu de convention fiscale avec l'État S et tout intérêt versé par SCo à TCo est soumis à une retenue à la source sur les intérêts à un taux de 25 pour cent, conformément au droit interne de l'État S. Toutefois, la convention fiscale conclue entre l'État R et l'État S ne prévoit pas de retenue à la source sur les intérêts payés par une société résidente d'un État contractant et dont le bénéficiaire effectif est une société résidente de l'autre État ; en outre, cette convention ne contient pas de dispositions similaires aux paragraphes 1 à 6. TCo décide de transférer le prêt à RCo, filiale résidente de l'État R, en échange de trois billets à ordre payables sur demande sur lesquels le taux d'intérêt est de 3,9 pour cent.

Dans cet exemple, bien que RCo demande à bénéficier des avantages prévus dans la convention conclue entre l'État R et l'État S au titre d'un prêt accordé pour des motifs commerciaux valables, si les faits propres à la situation font apparaître que l'un des principaux objets de la transaction consistant pour TCo à transférer le prêt à RCo était d'obtenir, pour RCo, l'avantage conféré par la convention conclue entre l'État R et l'État S, alors la disposition s'appliquera et conduira à refuser cet avantage dans la mesure où c'est le transfert du prêt qui aurait permis indirectement d'en bénéficier .

9. *L'expression « montage ou transaction » doit être interprétée au sens large et recouvre tout accord, entente, mécanisme, transaction ou série de transactions, qu'ils aient ou non force exécutoire. Elle recouvre en particulier la création, l'attribution, l'acquisition ou le transfert du revenu lui-même ou de la propriété ou du droit au titre duquel le revenu est dû. Cette expression englobe également les montages relatifs à la constitution, à l'acquisition ou à la conservation d'une personne qui est à l'origine du revenu, y compris la qualification de cette personne comme résident d'un des États contractants, et recouvre les mesures que des personnes peuvent prendre elles-mêmes pour établir leur résidence. Constituent par exemple un « montage » les mesures prises pour s'assurer que les réunions du conseil d'administration d'une société aient lieu dans un pays différent afin de pouvoir faire valoir que la société a changé de résidence. Une transaction peut à elle seule permettre d'obtenir un avantage, ou, conjuguée à une série plus complexe de transactions, concourir à l'obtention d'un avantage. Dans les deux cas, les dispositions du paragraphe 7 peuvent s'appliquer.*

10. *Afin de déterminer si un des objets principaux de toute personne concernée par un montage ou une transaction est d'obtenir des avantages au titre de la Convention, il importe d'analyser de manière objective les buts et objets poursuivis par l'ensemble des personnes qui sont associées à la conclusion de ce montage ou de cette transaction ou qui y participent. La détermination des objets d'un montage ou d'une transaction est une question d'ordre factuel à laquelle on ne peut répondre qu'en examinant cas par cas toutes les circonstances qui entourent ce montage ou cette transaction. Il n'est pas nécessaire de trouver une preuve concluante de l'intention d'une personne concernée par un montage ou une transaction, mais il doit être possible de conclure raisonnablement, après analyse objective des faits et circonstances propres à chaque situation, qu'un des objets principaux du montage ou de la transaction était d'obtenir les avantages de la convention fiscale. On ne doit toutefois pas présupposer à la légère que l'obtention d'un avantage conféré par une convention fiscale était un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction, et se borner à examiner les effets d'un montage ne permettra généralement pas de tirer une conclusion à propos de ses objets. Toutefois, lorsqu'un montage ne peut raisonnablement s'expliquer que par un avantage résultant de l'application d'une convention, on peut conclure qu'un des objets principaux de ce montage était l'obtention de l'avantage.*

11. *Une personne ne peut éviter l'application de ce paragraphe en se contentant d'affirmer que le montage ou la transaction n'a pas été conclu en vue d'obtenir les avantages de la Convention. Tous les éléments de preuve doivent être évalués afin de déterminer s'il est raisonnable de conclure qu'un montage ou une transaction a été conclu à cette fin. La démarche suivie doit revêtir un caractère raisonnable, ce qui signifie que la possibilité qu'il puisse exister des interprétations différentes des faits doit être objectivement prise en compte.*

12. *La référence à « un des principaux objets » qui figure au paragraphe 1 signifie que l'obtention d'un avantage au titre d'une convention fiscale ne doit pas nécessairement être le seul objet, ou l'objet essentiel, d'un montage ou d'une transaction. Il suffit qu'au moins un des principaux objets ait été l'obtention de l'avantage. Une personne peut par exemple vendre un bien pour diverses raisons, mais si, avant la vente, cette personne devient un résident d'un des États contractants et qu'un des principaux objets de ce changement de résidence est d'obtenir un avantage au titre d'une convention fiscale, le paragraphe 7 pourrait s'appliquer nonobstant le fait que le changement de résidence peut avoir d'autres principaux objets, comme faciliter la vente du bien ou réinvestir le produit de la cession.*

13. *Un objet ne sera pas un objet principal lorsqu'il est raisonnable de conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'obtention de l'avantage n'était pas un élément essentiel et n'aurait pas justifié la conclusion d'un montage ou d'une transaction qui, seul ou conjugué à d'autres, a permis d'obtenir l'avantage. En particulier, lorsqu'un montage est inextricablement lié à une activité commerciale essentielle et que sa forme n'a pas été dictée par des considérations liées à l'obtention d'un avantage, il est peu probable que l'on considère que son principal objet est d'obtenir l'avantage. Toutefois, lorsqu'un montage est conclu dans le but d'obtenir des avantages similaires en vertu de plusieurs conventions, on ne doit pas considérer que l'obtention d'avantages au titre d'autres traités empêchera de considérer que l'octroi d'un avantage au titre d'une convention a été l'objet principal de ce montage. Supposons, à titre d'exemple, qu'un contribuable qui est un résident de l'État A participe à un montage avec une institution financière résidente de l'État B agissant à titre de société-relais afin que celle-ci investisse, pour le bénéfice final de ce contribuable, dans des obligations émises dans un grand nombre d'États avec lesquels l'État B, au contraire de l'État A, a conclu des conventions fiscales. Si les faits et les circonstances font apparaître que le montage a eu pour principal objet d'obtenir des avantages conférés par ces conventions fiscales, il ne faudrait pas considérer que l'obtention d'un avantage au titre d'une convention spécifique n'était pas un des principaux objets de cet montage. De même, l'existence d'une intention de se soustraire à l'application du droit interne ne devrait pas être utilisée pour affirmer que l'obtention d'un avantage découlant de la convention n'était qu'un aspect accessoire.*

14. *On trouver ci-dessous quelques exemples illustrant l'application de ce paragraphe ;*

- *Exemple A : TCo, société résidente de l'État T, détient des actions de SCo, société cotée sur le marché boursier de l'État S. L'État T n'a pas conclu de convention fiscale avec l'État S et tout dividende versé par SCo à TCo est dès lors soumis à une retenue à la source sur les dividendes au taux de 25 pour cent, conformément au droit interne de l'État S. Toutefois, en vertu de la convention fiscale conclue entre l'État R et l'État S, aucune retenue ne doit être appliquée aux dividendes versés par une société résidente d'un État contractant dont le bénéficiaire effectif est une société résidente de l'autre État. TCo conclut un accord avec RCo, institution financière indépendante, en vertu duquel TCo confère à RCo le droit au versement de dividendes qui ont été déclarés mais non encore versés par SCo.*

Dans cet exemple, en l'absence d'autres faits ou circonstances démontrant le contraire, il serait raisonnable de conclure qu'un des principaux objets du montage par lequel TCo confère à RCo le droit au versement de dividendes était que RCo obtienne l'exonération de la retenue à la source sur les dividendes prévue par la convention fiscale conclue entre l'État R et l'État S, et qu'il serait contraire à l'objet et au but de la convention fiscale d'accorder le bénéfice d'une exonération obtenue grâce à un montage relevant du chalandage fiscal.

- *Exemple B : SCo, société résidente de l'État S, est la filiale de TCo, société résidente de l'État T. L'État T n'a pas conclu de convention fiscale avec l'État S et, en conséquence, tout dividende versé par SCo à TCo est soumis à une retenue à la source sur les dividendes au taux de 25 pour cent, conformément au droit interne de l'État S. Toutefois, en vertu de la convention fiscale conclue entre l'État R et l'État S, le taux applicable pour la retenue à la source sur les dividendes versés par une société de l'État S à un résident de l'État R s'élève à 5 pour cent. TCo conclut dès lors un accord avec RCo, institution financière de l'État R et personne admissible au titre du paragraphe 3a) de cet article, accord en vertu duquel RCo acquiert pendant une période de trois ans l'usufruit des actions privilégiées sans droit de vote de SCo émises récemment. TCo est le nu-propiétaire de ces actions privilégiées. Le fait d'avoir l'usufruit donne à RCo le droit de percevoir les dividendes attachés à ces actions privilégiées. Le montant versé par RCo pour acquérir l'usufruit correspond à la valeur actuelle des dividendes à verser sur les actions privilégiées pendant une période de trois ans (amortie au taux auquel TCo pourrait emprunter à RCo).*

Dans cet exemple, en l'absence d'autres faits et circonstances démontrant le contraire, il serait raisonnable de conclure qu'un des principaux objets du montage au titre duquel RCo a acquis l'usufruit des actions privilégiées émises par SCo était l'obtention de l'avantage que représente le plafond de 5 pour cent applicable à l'imposition à la source des dividendes prévue par la convention fiscale conclue entre l'État R et l'État S, et qu'il serait contraire à l'objet et au but de la convention fiscale d'accorder cet avantage obtenu grâce à un montage relevant du chalandage fiscal.

- *Exemple C : RCo, société résidente de l'État R, exerce son activité dans le secteur de la production d'appareils électroniques et son activité est en pleine expansion. Elle envisage de construire une unité de fabrication dans un pays en développement afin de*

bénéficiaire de coûts de fabrication plus faibles. Après un examen préliminaire, des lieux d'implantation possibles ont été repérés dans trois pays différents. Considérant que l'État S est le seul de ces pays avec lequel l'État R a signé une convention fiscale, il a été décidé de construire l'usine dans cet État.

Dans cet exemple, la décision d'investir dans l'État S est prise à la lumière des avantages découlant de la convention fiscale conclue entre l'État R et l'État S, mais il est clair que l'investissement et la construction de l'usine sont liés à l'expansion des activités de RCo et au fait que les coûts de fabrication sont plus bas dans ce pays. Dans cet exemple, on ne peut pas raisonnablement considérer qu'un des principaux objets de la construction de l'usine est l'obtention d'avantages conférés par la convention. De plus, dès lors que des conventions fiscales ont globalement pour objectif d'encourager les investissements transnationaux, l'obtention des avantages de la convention conclue entre l'État S et l'État R au titre de l'investissement réalisé dans l'usine construite dans l'État S est conforme à l'objet et au but des dispositions de cette convention.

- *Exemple D : RCo est un organisme de placement collectif résident de l'État R et gère un portefeuille diversifié de placements réalisés sur les marchés financiers internationaux. RCo détient actuellement 15 pour cent de son portefeuille sous forme d'actions de sociétés résidentes de l'État S qui lui versent chaque année des dividendes. En vertu de la convention fiscale conclue entre l'État R et l'État S, le taux de l'impôt prélevé à la source sur les dividendes est ramené de 30 à 10 pour cent.*

Les décisions d'investissement de RCo tiennent compte de l'existence d'avantages fiscaux offerts dans le cadre du large réseau de conventions fiscales conclues par l'État R. Les actionnaires de RCo sont en majorité des résidents de l'État R, mais un certain nombre d'entre eux (les actionnaires minoritaires) sont des résidents d'États avec lesquels l'État R n'a pas signé de convention fiscale. Les décisions prises par les actionnaires d'investir dans RCo ne sont pas motivées par la réalisation d'un investissement particulier effectué par RCo, et la stratégie d'investissement de RCo n'est pas déterminée par la situation fiscale de ses actionnaires. RCo distribue chaque année la quasi-totalité de ses bénéfices à ses actionnaires et acquitte dans l'État R des impôts sur les bénéfices non distribués au cours de l'année.

En prenant la décision d'investir dans les actions de sociétés résidentes de l'État S, RCo a tenu compte de l'existence d'un avantage dont bénéficient les dividendes au titre de la convention fiscale conclue entre l'État R et l'État S, mais ce seul facteur ne suffit à lui seul à déclencher l'application du paragraphe 7. L'objectif des conventions fiscales est d'offrir des avantages en vue d'encourager les investissements transnationaux et, en conséquence, pour déterminer si le paragraphe 7 s'applique, ou non, à un placement, il est nécessaire d'examiner le contexte dans lequel celui-ci a été réalisé. Dans cet exemple, sauf si l'investissement de RCo s'inscrit dans le cadre d'un montage ou se rapporte à une autre transaction effectuée principalement dans le but de bénéficier de la Convention, il ne serait pas raisonnable de refuser à RCo l'avantage conféré par la convention fiscale conclue entre l'État R et l'État S.

- *Exemple E : RCo est une société résidente de l'État R et détient depuis cinq ans 24 pour cent des actions de la société SCo, résidente de l'État S. À la suite à l'entrée en vigueur d'une convention fiscale entre les États R et S (convention dont l'article 10 est identique à l'article 10 de ce Modèle de Convention), RCo décide de porter à 25 pour cent le pourcentage des actions de SCo qu'elle détient. Les faits et circonstances font apparaître que la décision d'acquérir ces actions supplémentaires a été motivée principalement par le souhait de bénéficier du taux d'imposition plus faible prévu par l'article 10(2) a) de la convention.*

Dans ce cas, bien qu'un des principaux objets de la transaction par laquelle les actions supplémentaires sont acquises soit manifestement l'obtention de l'avantage conféré par l'article 10(2)a), le paragraphe 7 ne s'applique pas car il peut être établi que l'octroi de cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l'objet et au but de l'article 10(2)a). Dans cet alinéa, il est prévu un seuil arbitraire de 25 pour cent pour déterminer quels sont les actionnaires pouvant prétendre au bénéfice du taux d'imposition plus faible appliqué aux dividendes, et il est logique si l'on s'inscrit dans cette démarche d'accorder les avantages prévus par l'alinéa à un contribuable qui accroît véritablement sa participation dans une société pour se conformer à cette règle.

15. *Il se peut que, pour diverses raisons, certains États ne puissent accepter la règle énoncée au paragraphe 7. Ces États peuvent cependant souhaiter compléter la règle de la limitation des avantages prévue aux*

paragraphe 1 à 6 par une version plus restrictive du paragraphe 7 destinée à faire face aux stratégies de chalandage fiscal que l'on pourrait désigner « montages-relais » et qui ne seraient pas visées par la règle de la limitation des avantages. Les États qui souhaitent le faire pourraient prévoir que les avantages conférés par les dispositions de la Convention ou par certaines d'entre elles (par exemple, celles des articles 7, 10, 11, 12 et 21) ne puissent être accordés au titre d'un revenu obtenu grâce à l'utilisation, ou dans le cadre de l'utilisation, d'un montage-relais. La définition suivante d'un « montage-relais » pourrait être utilisée aux fins d'une telle règle.

L'expression « montage-relais » désigne une transaction ou une série de transactions :

- a) qui est structurée de telle manière qu'un résident d'un État contractant qui a droit aux avantages de la présente Convention reçoit un élément de revenu qui a sa source dans l'autre État contractant, mais que ce résident verse, directement ou indirectement, la totalité ou la presque totalité de ce revenu (à un moment ou sous une forme quelconques) à une ou plusieurs personnes non résidentes de l'un des deux États contractants et qui, si elles recevaient cet élément de revenu directement de l'autre État contractant, n'auraient pas droit, au titre d'une convention visant à éviter la double imposition conclue entre l'État dont cette ou ces personnes est ou sont résidentes et l'État contractant de la source du revenu, aux avantages accordés au titre de cet élément de revenu qui sont équivalents à, ou plus favorables que, ceux octroyés en vertu de la présente Convention à un résident d'un État contractant ; et*
- b) dont un des objets principaux est l'obtention des avantages supplémentaires prévus aux termes de la présente Convention.*

b) Autres situations dans lesquelles une personne cherche à contourner les limitations incluses dans une convention

18. Outre qu'elle doit être résidente d'un État contractant, une personne doit satisfaire à d'autres conditions pour avoir droit aux avantages prévus par certaines dispositions de conventions fiscales. Dans certains cas, il arrive que des transactions soient conclues dans le seul but de remplir ces conditions alors qu'il serait inapproprié d'accorder les avantages en question. La règle générale anti-abus énoncée au sous-alinéa A.1(a)(ii) précédent sera certes utile pour faire face à ce type de situations, mais, en principe, l'adoption de règles anti-abus spécifiques et ciblées figurant dans les conventions offre une plus grande certitude tant aux contribuables

qu'aux administrations fiscales. De telles règles apparaissent déjà dans certains articles du Modèle de Convention fiscale (voir, par exemple, les articles 13(4) et 17(2)). De plus, il est suggéré dans les Commentaires d'inclure d'autres dispositions anti-abus dans certaines circonstances (voir, par exemple, les paragraphes 16 et 17 des Commentaires sur l'article 10). On trouve également d'autres dispositions anti-abus dans des conventions bilatérales conclues par des pays de l'OCDE et des pays non membres de l'OCDE.

19. Les paragraphes qui suivent incluent des exemples de situations pour lesquelles des règles anti-abus spécifiques figurant dans une convention peuvent être utiles et contiennent des propositions de modification destinées à viser certaines de ces situations.

i) Fractionnement de contrats

20. On peut lire au paragraphe 18 des Commentaires sur l'article 5 que « [l]e seuil de douze mois [de l'article 5(3)] a pu donner lieu à des abus ; ainsi, il a parfois été constaté que des entreprises (principalement des entrepreneurs ou des sous-traitants travaillant sur le plateau continental ou en liaison avec l'exploration et l'exploitation du plateau continental) fractionnaient leurs contrats en plusieurs éléments dont chacun portait sur une durée inférieure à douze mois et était attribué à une société différente mais faisant partie du même groupe. »

21. Le paragraphe prévoit que, bien que ces abus puissent être combattus au moyen de règles législatives ou jurisprudentielles visant à contrecarrer l'évasion fiscale, les pays peuvent recourir à des solutions bilatérales. Il a été suggéré d'ajouter à cet effet une autre disposition au paragraphe 18,¹⁰ mais la conclusion qui s'est finalement imposée a été que les transactions visant à éviter le seuil de l'établissement stable devraient être examinées dans le cadre des travaux sur l'Action 7 (Empêcher les mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable).

ii) Cas de location de main-d'œuvre

22. Les cas de location de main-d'œuvre, dans lesquels le contribuable tente d'obtenir de manière inappropriée les avantages de l'exonération de l'imposition à la source prévue à l'article 15(2), sont visés aux paragraphes 8.1 à 8.28 des Commentaires sur l'article 15. La conclusion qui s'est imposée a été que les orientations que l'on trouve déjà dans ces paragraphes et, en particulier, la disposition figurant au paragraphe 8.3 de ces Commentaires, permettent de contrecarrer efficacement ce type d'abus.

iii) Transactions destinées à éviter la qualification de dividendes

23. Dans certains cas, des transactions peuvent être conclues dans le but d'éviter les règles du droit interne en vertu desquelles un certain élément de revenu est qualifié de dividende et de bénéficiaire d'une qualification conventionnelle de ce revenu (par exemple, comme gain en capital) qui empêche l'imposition à la source.

24. Dans le cadre de ses travaux sur les montages hybrides, le Groupe de travail n° 1 a examiné s'il était possible de modifier les définitions des dividendes et des intérêts figurant dans la Convention, comme cela se fait dans certaines conventions, afin de permettre l'application des règles relatives à la qualification du revenu prévues par le droit interne. Même si la conclusion qui s'est dégagée a été qu'une telle modification aurait un impact très limité sur les montages hybrides, il a été décidé d'examiner plus en détail la possibilité d'aller dans ce sens lorsque d'autres volets des travaux sur le Plan d'action BEPS (par exemple, l'Action 4) auront progressé.

iv) Transactions consistant à transférer des dividendes

25. Lorsqu'une transaction de cette nature est effectuée, un contribuable ayant droit à l'application du taux de 15 pour cent visé à l'article 10(2)*b*) tente d'obtenir le bénéfice du taux de 5 pour cent applicable aux dividendes payés directement qui sont visés à l'article 10(2)*a*) ou du taux de 0 pour cent prévu par certaines conventions bilatérales pour les dividendes payés à des fonds de pension (voir le paragraphe 69 des Commentaires sur l'article 18).

26. Les paragraphes 16 et 17 des Commentaires sur l'article 10 concernent des transactions par lesquelles un contribuable tente d'obtenir le bénéfice du taux plus faible de 5 pour cent applicable aux dividendes :

16. L'alinéa *a*) du paragraphe 2 n'exige pas que la société bénéficiaire des dividendes ait détenu 25 pour cent au moins du capital pendant une période relativement longue avant la date de la distribution. Il en résulte que, eu égard à la participation, seule compte la situation existant au moment où naît l'assujettissement à l'impôt auquel s'applique le paragraphe 2, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, la situation existant au moment où les dividendes sont légalement mis à la disposition des actionnaires. La raison essentielle de ceci doit être recherchée dans le désir d'avoir une disposition qui soit applicable aussi largement que possible. Imposer la nécessité pour la société mère de posséder la participation minimum un certain temps avant la distribution des bénéfices pourrait nécessiter des recherches considérables. La

législation interne de certains pays membres de l'OCDE stipule que le bénéfice de l'exemption ou de l'allègement ne sera accordé pour les dividendes correspondant à une participation que si celle-ci a été détenue par la société bénéficiaire durant une certaine période minimale. En conséquence, les États contractants pourront inclure dans leurs conventions une condition de même nature. .

17. La réduction prévue à l'alinéa a) du paragraphe 2 ne devrait pas être accordée en cas d'usage abusif de cette disposition, par exemple lorsqu'une société détenant une participation inférieure à 25 pour cent a, peu de temps avant la mise en paiement des dividendes, acquis un complément de participation essentiellement dans le but de tirer profit de la disposition en question, ou encore lorsque la participation a été composée principalement pour obtenir le bénéfice de la réduction. Afin de parer à de telles manœuvres, les États contractants peuvent juger opportun d'ajouter à l'alinéa a) du paragraphe 2 une disposition de cet ordre :

à condition que la participation n'ait pas été acquise essentiellement pour tirer avantage de la présente disposition.

27. La conclusion qui s'est dégagée a été que, pour viser ce type de transactions, il conviendrait de prévoir une durée minimale de détention des actions qui figurerait à l'alinéa a) de l'article 10(2), lequel devrait dès lors être modifié comme suit :

a) 5 pour cent du montant brut des dividendes si le bénéficiaire effectif est une société (autre qu'une société de personnes) qui détient directement au moins 25 pour cent du capital de la société qui paie les dividendes pendant une période de 365 jours incluant le jour du paiement des dividendes (il ne sera pas tenu compte, pour le calcul de cette période, des changements au niveau de l'actionnariat qui résulteraient directement d'une réorganisation de la société, telle qu'une fusion ou au contraire un fractionnement, de la société détenant les actions ou versant les dividendes) ;

28. La réflexion a également amené à conclure qu'il conviendrait d'ajouter des règles anti-abus supplémentaires à l'article 10 en vue de viser les cas dans lesquels certaines entités intermédiaires établies dans l'État de la source sont utilisées pour bénéficier des dispositions des conventions réduisant l'imposition à la source des dividendes.

29. Le paragraphe 67.4 des Commentaires sur l'article 10 comprend par exemple une autre disposition qui peut être ajoutée pour empêcher l'application

- du taux de 5 pour cent à des dividendes payés par une société de placement immobilier résidente à un investisseur de portefeuille non résident, et
- à la fois du taux de 5 pour cent et du taux de 15 pour cent dans le cas de dividendes payés par une société de placement immobilier résidente à un investisseur non résident détenant, directement ou indirectement, plus de 10 pour cent du capital de ladite société.

30. Un autre exemple, que l'on trouve dans les conventions conclues par les États-Unis, est une disposition écartant l'application du taux de 5 pour cent dans le cas de dividendes versés à une société non résidente par une société de placements réglementée des États-Unis, même si cette société non résidente détient plus de 10 pour cent des actions de la société de placements réglementée.

31. Au vu de ces exemples, lorsque le droit interne d'un État contractant offre la possibilité d'effectuer des investissements de portefeuille dans des actions de sociétés de cet État par l'intermédiaire de certains organismes de placement collectif qui sont établis dans cet État et qui ne paient pas d'impôt sur le revenu de leurs placements, de sorte qu'un investisseur non résident investissant via un tel organisme est en mesure de bénéficier du taux inférieur applicable aux dividendes en vertu de la convention lorsque lesdits dividendes sont distribués par l'organisme de placement collectif, il est recommandé qu'une règle spécifique anti-abus figure à l'article 10. Cette règle pourrait être formulée comme suit :

L'alinéa 2 a) ne s'applique pas aux dividendes payés par un résident de [nom de l'État] qui est un [description du type d'organisme de placement collectif auquel cette règle doit s'appliquer]

v) *Transactions visant à contourner l'application de l'article 13(4)*

32. L'article 13(4) autorise l'État contractant dans lequel est situé un bien immobilier à imposer les gains en capital réalisés par un résident de l'autre État sur les actions de sociétés qui tirent plus de 50 pour cent de leur valeur de ces biens immobiliers.

33. Le paragraphe 28.5 des Commentaires sur l'article 13 prévoit déjà que les États peuvent souhaiter élargir le champ d'application de la disposition afin que la clause s'applique non seulement aux gains réalisés sur des actions, mais aussi à ceux qui résultent de l'aliénation d'intérêts dans d'autres entités, notamment des sociétés de personnes ou des fiducies (*trusts*), de façon à contrecarrer cette forme d'abus. Il a été convenu que l'article 13(4) devait être modifié afin d'y faire figurer cette modification.

34. Il pourrait toutefois également arriver que des actifs soient apportés à une entité peu avant la vente des actions ou autres intérêts dans celle-ci en vue de diluer la part de la valeur de ces actions ou autres intérêts qui provient de biens immobiliers situés dans un des États contractants. Il a été convenu, pour faire face à ce cas de figure, que l'article 13(4) devait être modifié afin de faire référence à des situations dans lesquelles la valeur des actions ou des intérêts similaires résulte principalement de biens immobiliers à tout moment au cours d'une période donnée, et non uniquement au moment de l'aliénation.

35. La version révisée suivante du paragraphe 4 de l'article 13 intègre ces modifications :

4. Les gains qu'un résident d'un État contractant tire de l'aliénation d'actions *ou d'intérêts similaires, notamment d'intérêts dans une société de personnes ou une fiducie (trust), sont imposables dans l'autre État contractant si, à tout moment au cours des 365 jours qui précèdent l'aliénation, ces actions ou intérêts similaires* tirent directement ou indirectement plus de 50 pour cent de leur valeur de biens immobiliers, *tels que définis à l'article 6*, situés dans *cet autre État Contractant peuvent être imposés dans cet autre État.*

vi) *Critère de départage appliqué pour déterminer la résidence en vertu d'une convention de personnes, autres que les personnes physiques, ayant une double résidence*

36. Une des limitations essentielles du droit aux avantages conférés par la Convention est l'obligation pour une personne d'être résidente d'un État contractant aux fins de la convention fiscale applicable. En vertu de l'article 4(1) du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, la résidence d'une personne au regard de la Convention dépend dans une large mesure de la législation fiscale nationale de chaque État contractant, ce qui peut conduire à considérer qu'une personne est résidente des deux États. En pareil cas, l'article 4(2) prévoit un lieu de résidence unique aux fins de la Convention dans le cas des personnes physiques. L'article 4(3), qui vise à appliquer le même principe aux personnes autres que les personnes physiques, prévoit que toute personne ayant une double résidence « est considérée comme un résident seulement de l'État où son siège de direction effective est situé ».

37. Lorsque cette règle a été incluse à l'origine dans le Projet de Convention de 1963, le Comité fiscal de l'OCDE a estimé que, « [d]ans la pratique, il sera assez rare qu'une société, etc., soit assujettie à l'impôt, en raison de sa résidence, dans plus d'un État »¹¹ mais que, comme le cas

pourra se présenter, il faudra également établir « des règles concernant la préférence ».

38. La mise à jour 2008 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE a introduit une version optionnelle de l'article 4(3) (voir les paragraphes 24 et 24.1 des Commentaires sur l'article 4) selon laquelle les autorités compétentes des États contractants s'efforcent, compte tenu d'un certain nombre de facteurs pertinents, de déterminer d'un commun accord l'État dont la personne est un résident aux fins de la Convention. Lorsque cette clause a été examinée, beaucoup de pays ont estimé que les cas dans lesquels une société a la double résidence recouvrent souvent des mécanismes d'évasion fiscale. Il est dès lors proposé que la règle actuelle énoncée à l'article 4(3) soit remplacée par la version optionnelle que l'on trouve dans les Commentaires, version qui autorise un traitement au cas par cas.

39. Les modifications proposées à cette fin sont les suivantes :

Remplacer le paragraphe 3 de l'article 4 du Modèle de Convention fiscale par le texte suivant :

3. Lorsque, ~~en vertu des~~ ~~selon les~~ dispositions du paragraphe 1, une personne autre qu'une personne physique est un résident des deux États contractants, ~~elle est considérée comme un résident seulement de l'État où son siège de direction effective est situé~~ **les autorités compétentes des États contractants s'efforcent de déterminer d'un commun accord l'État duquel cette personne est réputée être un résident aux fins de la Convention, eu égard au lieu où se situe son siège de direction effective, au lieu où elle a été constituée en société ou en toute autre forme juridique et à tout autre facteur pertinent. En l'absence d'un tel accord entre les États contractants, la personne ne pourra prétendre à aucun des allègements ou exonérations prévus par la Convention sauf dans la mesure et selon les conditions convenues par les autorités compétentes des États contractants.**

Remplacer les paragraphes 21 à 24.1 des Commentaires sur l'article 4 par le texte suivant :

21. Le paragraphe concerne les sociétés et tous autres groupements de personnes sans qu'il y ait lieu de tenir compte du fait qu'ils ont ou qu'ils n'ont pas la personnalité juridique. Dans la pratique, il sera assez rare qu'une société, etc., soit assujettie à l'impôt, en raison de sa résidence, dans plus d'un État mais le cas pourra évidemment se présenter si un État se base sur le lieu d'enregistrement et l'autre sur le lieu où se trouve la direction effective. En conséquence, il faut également établir pour les sociétés, etc., des règles concernant la préférence.

22. *Lors de la rédaction initiale du paragraphe 3, il a été estimé que Cce ne serait pas une solution adéquate que d'attacher de l'importance à un critère de pure forme comme l'enregistrement, et la préférence a été donnée à une règle fondée sur le lieu de la direction effective, censé correspondre au C'est pourquoi le paragraphe 3 tient compte du lieu où la société, etc. était effectivement dirigée.*

23. *Le libellé du critère de préférence pour les personnes autres que les personnes physiques a été examiné en particulier à propos de l'imposition des revenus provenant de la navigation maritime, intérieure et aérienne. Plusieurs conventions, pour éviter la double imposition de ces revenus, réservent le droit d'imposer à l'État où se trouve le « siège de direction » de l'entreprise ; d'autres prennent en considération le « siège de direction effective » ou encore le « domicile fiscal » de l'exploitant. En [2014], toutefois, le Comité des affaires fiscales a reconnu que, bien que les situations de double résidence d'entités autres que des personnes physiques soient relativement rares, des sociétés ayant la double résidence étaient impliquées dans un certain nombre de cas d'évasion fiscale. La conclusion s'est alors imposée qu'il serait préférable de régler au cas-par-cas le problème de la double résidence des entités autres que les personnes physiques.*

24. *Eu égard à ces considérations, la version actuelle du paragraphe 3 prévoit que les autorités compétentes des États contractants s'efforceront de résoudre d'un commun accord les cas de double résidence d'une personne autre qu'une personne physique. Le « siège de direction effective » a été adopté comme critère de préférence pour les personnes autres que les personnes physiques. Le siège de direction effective est le lieu où sont prises, quant au fond, les décisions clés sur le plan de la gestion et sur le plan commercial qui sont nécessaires pour la conduite des activités de l'entité dans son ensemble. Tous les faits et circonstances pertinents doivent être pris en compte pour déterminer le siège de direction effective. Une entité peut avoir plus d'un siège de direction, mais elle ne peut avoir qu'un seul siège de direction effective.*

24.1 Certains pays estiment cependant que les cas de double résidence pour les personnes qui ne sont pas des personnes physiques sont relativement rares et doivent être traités au cas par cas. Certains pays considèrent en outre que l'adoption d'une approche au cas par cas est la meilleure formule pour résoudre les difficultés qui surgissent, du fait de l'utilisation des nouvelles technologies de communication, lorsqu'il s'agit de déterminer le siège de direction effective d'une personne morale. Ces pays sont libres de laisser les autorités compétentes trancher la question de la résidence de ces personnes, sous réserve que le paragraphe soit remplacé par ce qui suit :³. Lorsque, en vertu des

~~dispositions du paragraphe 1, une personne autre qu'une personne physique est un résident des deux États contractants, les autorités compétentes des États contractants s'efforcent de déterminer d'un commun accord l'État duquel cette personne est réputée être un résident aux fins de la Convention, eu égard au lieu où se situe son siège de direction effective, au lieu où elle a été constituée en société ou en toute autre forme juridique et à tout autre facteur pertinent. En l'absence d'un tel accord entre les États contractants, la personne ne pourra prétendre à aucun des allègements ou exonérations prévus par la Convention sauf dans la mesure et selon les conditions convenues par les autorités compétentes des États contractants~~

Les autorités compétentes chargées d'appliquer *le paragraphe 3* ~~ees dispositions pour déterminer la résidence d'une personne morale aux fins de la Convention~~ prendront en considération divers facteurs tels que le lieu où les réunions ~~son~~ du conseil d'administration de *la personne* ou de tout autre organe équivalent se tiennent généralement, le lieu où le directeur général et les autres dirigeants exercent généralement leur activité, le lieu où s'exerce la gestion supérieure des affaires courantes de la personne, le lieu où se situe le siège de la personne morale, l'État dont la législation régit le statut juridique de la personne morale, le lieu où sa comptabilité est tenue, la réponse à la question de savoir si le fait que l'on détermine que la personne morale est un résident de l'un des États contractants, mais pas de l'autre aux fins de la Convention, fait naître un risque d'application indue des dispositions de la Convention, etc. Les pays qui considèrent que les autorités compétentes ne devraient pas se voir investies du pouvoir de se prononcer sur de tels cas de double résidence sans disposer d'indications sur les facteurs à prendre en compte pour statuer souhaiteront peut-être compléter cette disposition afin de faire référence aux facteurs susmentionnés ou à d'autres jugés pertinents. Par ailleurs, sachant que l'application de cette disposition sera normalement revendiquée par l'entité intéressée en vertu du mécanisme prévu au paragraphe 1 de l'article 25, cette dernière devra soumettre son cas dans les trois ans suivant la première notification de la mesure qui entraîne une imposition non conforme aux dispositions de la Convention résultant du fait qu'elle est considérée comme résidente des deux États contractants. Parce que les éléments sur lesquels la décision sera fondée peuvent évoluer avec le temps, les autorités compétentes statuant en vertu des dispositions de cet article devraient préciser à quelle période se rapporte leur décision.

24.2 Certains États estiment cependant qu'il est préférable de traiter les cas de double résidence des personnes autres que les personnes

physiques en appliquant la règle fondée sur le « siège de direction effective » intégrée dans la Convention avant [prochaine mise à jour]. Ces États considèrent en outre que cette règle peut être interprétée d'une manière permettant de prévenir les abus. Les États qui partagent ce point de vue et s'accordent sur la manière dont la notion de « siège de direction effective » doit être interprétée sont libres de faire figurer dans leurs conventions bilatérales la version suivante du paragraphe 3 :

Lorsque, en vertu des dispositions du paragraphe 1, une personne autre qu'une personne physique est un résident des deux États contractants, elle est réputée être un résident seulement de l'État où son siège de direction effective est situé.

vii) *Règle anti-abus visant les établissements stables situés dans des États tiers*

40. Le paragraphe 32 des Commentaires sur l'article 10, le paragraphe 25 des Commentaires sur l'article 11 et le paragraphe 21 des Commentaires sur l'article 12 concernent les abus potentiels qui peuvent résulter du transfert d'actions, de créances, de droits ou de biens vers des établissements stables établis uniquement à cet effet dans des pays réservant un traitement préférentiel au revenu de ces actifs. Lorsque l'État de résidence exonère, ou impose à des taux faibles, les bénéficiaires de ces établissements stables situés dans des États tiers, on ne devrait pas considérer que l'État de la source est tenu d'accorder les avantages prévus par la Convention au titre de ces revenus.

41. La dernière partie du paragraphe 71 des Commentaires sur l'article 24 vise cette situation et donne à penser qu'une disposition anti-abus pourrait être ajoutée aux conventions bilatérales en vue de protéger l'État de la source en lui permettant de ne pas accorder les avantages prévus par une convention lorsque le revenu obtenu par un établissement stable situé dans un État tiers n'est pas imposé normalement dans cet État :

71. ... Une autre question qui se pose en relation avec les cas triangulaires est celle des abus. Dans les cas où l'État contractant dont l'entreprise est un résident exonère les bénéficiaires de l'établissement stable situé dans l'autre État contractant, le danger existe que de telles entreprises transfèrent des actifs tels que des actions, des obligations ou des brevets à des établissements stables dans des États qui prévoient un traitement fiscal particulièrement favorable. Par là, il peut arriver dans certaines circonstances que les revenus qui en proviennent ne soient imposés par aucun des trois États en cause. Pour contrer ces montages qui peuvent être considérés comme abusifs, on peut introduire dans la convention entre l'État dont une entreprise est un résident et l'État tiers

(État de la source) une disposition prévoyant que l'entreprise ne peut réclamer les avantages de la convention que lorsque les revenus qui sont obtenus par l'établissement stable situé dans l'autre État sont imposés normalement dans cet État.

42. La conclusion qui s'est dégagée est qu'une disposition anti-abus spécifique devait être ajoutée dans le Modèle de Convention fiscale en vue de traiter ces cas ainsi que les cas triangulaires similaires dans lesquels un revenu imputable à l'établissement stable situé dans un État tiers bénéficie d'un faible taux d'imposition. La disposition qui suit a été rédigée dans cette intention. *Lorsque*

- a) *une entreprise d'un État contractant tire un revenu de l'autre État contractant et que ce revenu est attribuable à un établissement stable de cette entreprise situé dans un État tiers, et*
- b) *les bénéfices attribuables à cet établissement stable sont exonérés d'impôt dans le premier État mentionné*

les avantages fiscaux qui s'appliqueraient par ailleurs en vertu des autres dispositions de la Convention ne s'appliquent pas à tout élément de revenu au titre duquel l'impôt dans le troisième État est inférieur à 60 pour cent de l'impôt qui serait dû dans le premier État mentionné si le revenu était gagné ou perçu par l'entreprise dans cet État et n'était pas attribuable à l'établissement stable situé dans le troisième État. Dans ce cas

- c) *tous dividendes, intérêts ou redevances auxquels s'appliquent les dispositions du présent paragraphe restent imposables selon la législation de l'autre État, mais l'impôt ainsi établi ne peut excéder [taux à déterminer] pour cent de leur montant brut, et*
- d) *tout autre revenu auquel s'appliquent les dispositions du présent paragraphe restent imposables selon la législation de l'autre État, nonobstant toute autre disposition de la Convention.*

Les dispositions précédentes de ce paragraphe ne s'appliquent pas si le revenu tiré de l'autre État est

- e) *tiré de la conduite active d'une activité d'entreprise menée par l'établissement stable (autre que l'activité consistant à réaliser ou gérer ou simplement détenir des placements pour le propre compte de l'entreprise, à moins qu'il ne s'agisse d'activités bancaires, d'assurance ou d'activités portant sur des valeurs mobilières effectuées respectivement par une banque, une*

compagnie d'assurance ou un opérateur sur titres agréés), ou en constitue un élément accessoire, ou

- f) constitué de redevances perçues en contrepartie de l'usage, ou de la concession de l'usage, des biens incorporels produits ou développés par l'entreprise par l'intermédiaire de l'établissement permanent.*

Commentaires sur la disposition

1. *Comme mentionné au paragraphe 32 des Commentaires sur l'article 10, au paragraphe 25 des Commentaires sur l'article 11 et au paragraphe 21 des Commentaires sur l'article 12, des abus potentiels peuvent résulter du transfert d'actions, de créances, de droits ou de biens vers des établissements stables établis dans ce seul but dans des pays qui n'imposent pas le revenu de ces placements ou réservent un traitement préférentiel au revenu de ces actifs. Lorsque l'État de résidence exonère le revenu de ces établissements stables situés dans des États tiers, on ne devrait pas considérer que l'État de la source est tenu d'accorder les avantages prévus par la Convention au titre de ces revenus. Le paragraphe proposé, qui s'applique lorsqu'un État contractant exonère le revenu de placements d'entreprises de cet État imputable à des établissements stables situés dans un État tiers, prévoit que les avantages de la Convention ne seront pas accordés en pareil cas. Cette règle ne s'applique pas aux bénéficiaires qui sont tirés de la conduite active d'une activité d'entreprise menée par l'intermédiaire de l'établissement stable, à l'exclusion des activités de placement qui ne sont pas effectuées par une banque, une compagnie d'assurance ou un opérateur sur titres, ou qui en constitue un élément accessoire ; elle ne s'applique pas non plus si le revenu provenant de l'État de la source est constitué de redevances perçues en contrepartie de l'usage, ou de la concession de l'usage, des actifs incorporels produits ou développés par l'entreprise par l'intermédiaire de l'établissement stable.*

2. *Dans tous les cas où les avantages sont refusés au titre de ce paragraphe, l'entreprise qui tire le revenu en question devrait pouvoir bénéficier de la dérogation à caractère discrétionnaire visée au paragraphe 5 de l'article [X] afin de veiller à ce que les avantages puissent être accordés lorsque la création, l'acquisition ou la conservation de l'établissement stable et la conduite de ses activités n'ont pas parmi leurs objets principaux l'obtention d'avantages au titre de la présente Convention. Ce résultat pourrait être atteint en insérant cette disposition dans l'article [X].*

3. *Certains États préféreront peut-être une solution plus complète dont la portée ne serait pas limitée aux situations dans lesquelles une entreprise d'un État contractant est exonérée, dans cet État, d'impôt sur les bénéfices imputables à un établissement stable situé dans un État tiers. Dans ce cas, la disposition serait applicable à toute situation où le revenu ayant sa source dans l'un des États contractants qui est imputable à un établissement stable situé dans un État tiers est assujéti à l'impôt à la fois dans l'État de l'entreprise et dans l'État de l'établissement stable à un*

taux effectif cumulé inférieur au seuil de 60 pour cent. Ce qui suit est un exemple de disposition qui pourrait être utilisée à cette fin :

Nonobstant les autres dispositions de la présente Convention, lorsqu'une entreprise d'un État contractant tire des revenus de l'autre État contractant et que ces revenus sont imputables à un établissement stable de cette entreprise situé dans un État tiers, les avantages fiscaux qui seraient applicables par ailleurs en vertu d'autres dispositions de la présente Convention ne s'appliqueront pas à ces revenus si les bénéficiaires de cet établissement stable sont assujettis à l'impôt dans le premier État contractant et dans l'État tiers à un taux effectif cumulé inférieur à 60 pour cent du taux général de l'impôt sur les sociétés applicable dans le premier État contractant. Tous dividendes, intérêts ou redevances auxquels s'appliquent les dispositions du présent paragraphe restent imposables dans l'autre État contractant à un taux n'excédant pas 15 pour cent de leur montant brut. Tout autre revenu auquel s'appliquent les dispositions du présent paragraphe restent imposables selon la législation de l'autre État contractant, nonobstant toute autre disposition de la présente Convention. Les dispositions du présent paragraphe ne s'appliquent pas si,

- a) dans le cas de redevances, celles-ci sont perçues en contrepartie de l'usage ou de la concession de l'usage, d'actifs incorporels produits ou développés par l'entreprise par l'intermédiaire de l'établissement stable ; ou*
- b) dans le cas de tout autre revenu, le revenu tiré de l'autre État contractant est lié à la conduite active d'une activité d'entreprise menée dans l'État tiers par l'intermédiaire de l'établissement stable (autre que l'activité consistant à réaliser, à gérer ou simplement détenir des placements pour son propre compte, à moins qu'il ne s'agisse d'activités bancaires, d'assurance ou d'activités portant sur des valeurs mobilières effectuées respectivement par une banque, une compagnie d'assurance ou un opérateur sur titres agréés).*

2. Cas dans lesquels une personne tente de contourner les dispositions du droit fiscal national en utilisant les avantages prévus par les conventions

43. De nombreux risques d'évasion fiscale qui menacent la base d'imposition ne trouvent pas leur origine dans les conventions fiscales, mais peuvent être renforcés par celles-ci. Dans ces cas, il ne suffit pas de traiter les problèmes liés aux conventions, il faut aussi modifier le droit interne. Les stratégies d'évasion fiscale qui font partie de cette catégorie sont :

- la sous-capitalisation et autres transactions de financement qui utilisent les déductions fiscales pour réduire les coûts d'emprunt ;
- les stratégies de double résidence (par exemple, une société est un résident aux fins du droit fiscal national mais un non-résident aux fins de la Convention) ;
- la manipulation des prix des transferts ;
- les opérations d'arbitrage qui profitent des différences que l'on retrouve dans le droit interne d'un État et qui sont :
 - liées à la qualification du revenu (par exemple, en transformant des bénéfices d'entreprise en gain en capital) ou des paiements (par exemple, en transformant des dividendes en intérêts) ;
 - liées au traitement des contribuables (par exemple, en transférant du revenu vers des entités exonérées d'impôt ou des entités qui ont accumulé des pertes fiscales ; en transférant le revenu de non-résidents vers des résidents) ;
 - liées à des différences temporelles (par exemple, en retardant une imposition ou en avançant des déductions).
- les opérations d'arbitrage qui tirent parti des différences entre les droits internes de deux États et qui sont :
 - liées à la qualification du revenu ;
 - liées à la qualification des entités ;
 - liées à des différences temporelles.
- les transactions liées à une utilisation abusive de mécanismes relatifs à l'allègement de la double imposition (en produisant un revenu qui n'est pas imposable dans l'État de la source mais doit être exonéré dans l'État de la résidence ou au moyen d'une utilisation abusive de dispositifs de crédit d'impôt étranger).

44. Nombre de ces transactions seront couvertes par les travaux conduits sur d'autres aspects du Plan d'action, en particulier l'Action 2 (Neutraliser les effets des montages hybrides), l'Action 3 (Renforcer les règles relatives aux SEC), l'Action 4 (Limiter l'érosion de la base d'imposition via les déductions d'intérêts et autres frais financiers) et les Actions 8, 9 et 10 qui traitent des Prix de transfert.

45. Le principal objectif des travaux visant à empêcher l'octroi des avantages de la convention au titre de ces transactions est de veiller à ce que

les conventions ne fassent pas obstacle à l'application de dispositions spécifiques du droit interne qui empêcheraient ces transactions.¹² Dans de tels cas, il serait inapproprié d'accorder les avantages de ces dispositions de la convention dans la mesure où ces avantages permettraient d'échapper à une imposition interne. Ces cas concernent notamment les situations dans lesquelles on a pu argumenter que :

- certaines dispositions d'une convention fiscale empêchent l'application de règles générales anti-abus de droit interne ;
- l'article 24(4) et l'article 24(5) empêchent l'application de règles internes en matière de sous-capitalisation ;
- l'article 7 et/ou l'article 10(5) empêchent l'application de règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées ;
- l'article 13(5) empêche l'application de taxes de sortie ou de départ ;
- l'article 24(5) empêche l'application de règles internes qui limitent la consolidation du résultat fiscal aux entités résidentes ;
- l'article 13(5) empêche l'application de règles anti-abus en matière de dépouillement de dividendes, qui visent les transactions destinées à transformer des dividendes en gains en capital exonérés d'impôt en vertu de la Convention ;
- l'article 13(5) empêche l'application de règles internes d'attribution du revenu (comme les règles prévoyant l'imposition du constituant d'une fiducie (trust)).

46. Les Commentaires ont déjà abordé certains de ces problèmes. Par exemple, ils traitent explicitement des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (le paragraphe 23 des Commentaires sur l'article 1 prévoit que les conventions n'empêchent pas l'application de ces règles). Ils mentionnent aussi les règles relatives à la sous-capitalisation (le paragraphe 3 des Commentaires sur l'article 9 suggère que les conventions n'empêchent pas l'application de ces règles « dans la mesure où leur effet est d'assimiler les bénéfices de l'emprunteur à ceux qui auraient été réalisés dans une situation de pleine concurrence »). Ils ne traitent toutefois pas d'un certain nombre de règles anti-abus spécifiques du droit interne.

47. Les paragraphes 22 et 22.1 des Commentaires sur l'article 1 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE fournissent un examen plus général de l'interaction entre les conventions fiscales et les règles internes anti-abus. Ces paragraphes concluent qu'aucun conflit ne résulte de l'application de certaines règles internes anti-abus à une transaction qui constitue une utilisation abusive d'une convention fiscale :

22. D'autres formes d'usage abusif des conventions fiscales (par exemple l'utilisation d'une société écran) ainsi que les moyens qui pourraient être utilisés à cet égard telles que les règles faisant primer le fond sur la forme, les règles de « substance économique » et les dispositions générales anti-abus ont également été analysés, notamment pour savoir si ces règles et dispositions sont contraires aux conventions fiscales [...].

22.1 Ces règles se rattachent aux dispositions fondamentales de la législation nationale qui déterminent les faits générateurs de l'impôt ; ces règles ne sont pas couvertes par les conventions fiscales qui ne les affectent donc pas. En conséquence, de façon générale et compte tenu du paragraphe 9.5, il n'y aura pas de conflit. [...]

48. Le paragraphe 9.5 des Commentaires sur l'article 1 donne les indications suivantes sur ce qui constitue une utilisation abusive des dispositions d'une convention fiscale :

Un principe directeur est que les avantages d'une convention de double imposition ne doivent pas être accordés lorsqu'un des objets principaux de certaines transactions ou opérations est d'obtenir une position fiscale plus avantageuse et lorsque l'octroi de cet avantage dans de telles circonstances serait contraire à l'objet et au but des dispositions pertinentes.

49. Comme indiqué dans la sous-section A.1, le rapport recommande qu'une nouvelle règle générale anti-abus qui incorporera le principe déjà reconnu au paragraphe 9.5 des Commentaires sur l'article 1 soit incluse dans les conventions fiscales. L'incorporation de ce principe dans les conventions fiscales permettra d'indiquer clairement que les États contractants s'opposent à l'application des dispositions de la convention qu'ils concluent lorsque des transactions ou des montages sont utilisés pour obtenir les avantages de ces dispositions dans des circonstances inappropriées. Cela étant, l'incorporation de ce principe dans une disposition spécifique de la Convention ne modifie pas les conclusions déjà formulées dans les Commentaires sur l'article 1 en ce qui concerne l'interaction entre les conventions et les règles internes anti-abus ; ces conclusions demeurent valables, notamment dans le cas de conventions qui n'incluent pas la nouvelle règle générale anti-abus. Cela sera clarifié par l'ajout aux Commentaires des nouveaux paragraphes ci-après.

1. Le paragraphe 7 de l'article [X] [la règle du critère des objets principaux] et les règles spécifiques visant à lutter contre les utilisations abusives d'une convention figurant dans les conventions fiscales ne sont pas les seuls moyens permettant de traiter les transactions et les montages utilisés dans le but d'obtenir indûment les

avantages de la Convention. Les règles législatives et jurisprudentielles anti-abus de droit interne peuvent également être utilisées pour traiter ces transactions et ces montages. Par ailleurs, dans certains cas, des transactions et des montages sont utilisés dans le but d'abuser à la fois des lois internes et des conventions ; il se peut aussi que les conventions fiscales soient utilisées pour faciliter le contournement abusif de dispositions du droit interne (par exemple, en protégeant le contribuable contre l'application de certaines règles anti-abus internes).

2. Pour ces raisons, les règles législatives et jurisprudentielles anti-abus de droit interne jouent un rôle important afin d'empêcher l'octroi des avantages de la Convention dans des circonstances inappropriées. L'application de ces règles pose toutefois la question des conflits possibles avec des dispositions de la Convention. Ce problème est examiné ci-après par rapport aux règles législatives spécifiques anti-abus, aux règles législatives générales anti-abus et aux règles jurisprudentielles.

Règles législatives spécifiques anti-abus

3. Les autorités fiscales qui cherchent une réponse à l'utilisation inappropriée d'une convention fiscale peuvent examiner tout d'abord l'application des règles anti-abus spécifiques contenues dans leur législation fiscale interne.

4. Nombre de règles anti-abus présentes dans la législation des pays s'appliquent principalement aux situations transfrontalières et peuvent jouer un rôle lors de l'application des conventions fiscales. Par exemple, les règles relatives à la sous-capitalisation peuvent limiter la déduction de paiements d'intérêts induisant une érosion de la base d'imposition au profit de résidents de pays avec lesquels une convention a été conclue ; les règles relatives aux prix de transfert (même si elles n'ont pas été conçues principalement comme des règles anti-abus) peuvent empêcher le transfert artificiel de revenus d'une entreprise résidente vers une entreprise qui est un résident d'un État contractant ; les règles sur les taxes de sortie ou de départ peuvent permettre de lutter contre l'évasion fiscale sur les gains en capital liée à un changement de résidence avant la réalisation d'un gain de capital exonéré d'impôt en vertu de la Convention ; les règles sur le dépouillement de dividendes peuvent empêcher des contribuables d'échapper aux retenues internes à la source sur les dividendes au moyen de transactions destinées à transformer les dividendes en gains en capital ; et les règles anti- montage-relais peuvent empêcher certaines transactions destinées à éviter l'imposition au moyen de montages utilisant des sociétés-relais.

5. *En règle générale, lorsque l'application des dispositions du droit interne et celle des dispositions des conventions fiscales produisent des résultats contradictoires, il est prévu que les dispositions des conventions fiscales l'emportent. C'est là une conséquence logique du principe « pacta sunt servanda », qui est incorporé dans l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ainsi, si l'application des règles anti-abus spécifiques du droit interne devait produire un résultat en termes de traitement fiscal non conforme aux dispositions d'une convention fiscale, cette application serait en contradiction avec les dispositions de la convention concernée et ces dernières devraient l'emporter en droit international public.¹*

[Note de bas de page du paragraphe 5:] 1. Aux termes de l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, « [u]ne violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie. »

6. *Toutefois, comme expliqué ci-dessous, ces conflits seront souvent évités et chaque cas doit être analysé en fonction de ses circonstances propres.*

7. *Premièrement, une convention peut autoriser de manière spécifique l'application de certains types de règles internes anti-abus. Par exemple, l'article 9 autorise spécifiquement l'application des règles internes sur les prix de transfert dans les circonstances définies par cet article. Par ailleurs, beaucoup de conventions contiennent des dispositions spécifiques qui précisent qu'il n'y a pas de conflit ou, si un conflit existe, permettent l'application des règles internes. Ce serait le cas, par exemple, d'une règle conventionnelle autorisant explicitement l'application d'une règle relative à la sous-capitalisation contenue dans le droit interne d'un des États contractants ou des deux.*

8. *Deuxièmement, nombre de dispositions de la Convention dépendent de l'application du droit interne. C'est le cas, par exemple, de la détermination de la résidence d'une personne (voir le paragraphe 1 de l'article 4), de la détermination de ce qu'est un bien immobilier (voir le paragraphe 2 de l'article 6) et de la détermination des circonstances dans lesquelles un revenu provenant de parts sociales peut être traité comme un dividende (voir le paragraphe 3 de l'article 10). Plus généralement, le paragraphe 2 de l'article 3 rend les règles internes pertinentes aux fins de la détermination de la signification des termes et des expressions qui ne sont pas définis dans la Convention. Dans bien des cas, dès lors, l'application des règles*

anti-abus spécifiques du droit interne ne produira pas de résultats contradictoires, mais aura une incidence sur la manière dont les dispositions de la Convention sont appliquées. Ce serait le cas, par exemple, si une disposition du droit interne traitait les bénéfices réalisés par un actionnaire lorsqu'une société rachète certaines de ses actions comme des dividendes : bien qu'un tel rachat pourrait être considéré comme une aliénation aux fins du paragraphe 5 de l'article 13, le paragraphe 28 des Commentaires sur l'article 10 reconnaît que ces bénéfices constitueront des dividendes aux fins de l'article 10 s'ils sont traités comme tels en droit interne.

9. *Troisièmement, l'application des dispositions d'une convention fiscale dans un cas qui concerne une utilisation abusive de ces dispositions peut être refusée en vertu du paragraphe 7 de l'article [X] [la règle du critère des objets principaux] ou, dans le cas d'une convention qui ne contient pas ce paragraphe, en vertu du principe directeur prévu au paragraphe 9.5 des Commentaires sur l'article 1. Dans un tel cas, il n'y aura pas de conflit avec les dispositions de la Convention si les avantages de celle-ci sont refusés à la fois en vertu du paragraphe 7 (ou de ce principe directeur) et en vertu de règles spécifiques anti-abus internes. Ces dernières règles sont toutefois souvent formulées en se référant à des faits objectifs, comme l'existence d'un certain niveau de détention d'actions ou un certain ratio endettement/fonds propres. Bien que cela facilite leur application et assure une plus grande certitude, cela peut parfois entraîner l'application d'une telle règle dans un cas où celle-ci entre en conflit avec une disposition de la Convention et où le paragraphe 7 ne s'applique pas pour refuser les avantages de cette disposition (et où le principe directeur énoncé au paragraphe 9.5 des Commentaires sur l'article 1 ne s'applique pas non plus). Dans ce cas, la Convention ne permettra pas l'application de la règle interne dans la mesure où un tel conflit existe. Un exemple d'un tel cas serait celui où une règle du droit interne que l'État A a adoptée pour empêcher les changements temporaires de résidence à des fins fiscales prévoirait l'imposition d'une personne physique qui est un résident de l'État B pour les gains résultant de l'aliénation d'un bien situé dans un troisième État si cette personne physique était un résident de l'État A au moment où le bien a été acquis et était un résident de l'État A pendant au moins sept des dix années qui ont précédé l'aliénation. Dans ce cas, dans la mesure où le paragraphe 5 de l'article 13 empêcherait l'imposition de cette personne physique par l'État A au moment de l'aliénation du bien, la convention empêcherait l'application de cette règle interne, sauf si les avantages du paragraphe 5 de l'article 13 pourraient, dans un cas*

précis, être refusés en vertu du paragraphe 7 (ou du principe directeur énoncé au paragraphe 9.5 des Commentaires sur l'article 1).

10. Quatrièmement, l'application des dispositions des conventions fiscales peut être refusée en vertu de règles ou principes jurisprudentiels applicables à l'interprétation de la Convention (voir le paragraphe 13 ci-après). Dans ce cas, il n'y aura pas de conflit avec les dispositions de la Convention si les avantages de celle-ci sont refusés en vertu à la fois d'une interprétation appropriée de la Convention et suite à l'application de règles spécifiques anti-abus internes. Admettons, à titre d'exemple, que le droit interne de l'État A prévoit l'imposition des gains tirés de l'aliénation d'actions d'une société de cet État dans laquelle le cédant détient plus de 25 pour cent du capital s'il a été un résident de l'État A pendant au moins sept des 10 années qui ont précédé l'aliénation. Au cours de l'année 2, une personne physique qui était un résident de l'État A pendant les dix années précédentes devient un résident de l'État B. Peu après, cette personne vend la totalité des actions d'une petite société qu'elle avait précédemment mise sur pied dans l'État A. Les faits révèlent toutefois que tous les éléments de la vente ont été finalisés au cours de l'année 1, qu'un « prêt » sans intérêts correspondant au prix de vente a été accordé par l'acheteur au vendeur à ce moment-là, que l'acheteur a annulé le prêt lorsque les actions lui ont été vendues au cours de l'année 2 et qu'il a exercé le contrôle de fait sur la société à partir de l'année 1. Bien que le gain résultant de la vente des actions pourrait, dans un contexte différent, entrer dans le champ du paragraphe 5 de l'article 13 de la convention conclue entre l'État A et l'État B, les circonstances du transfert des actions sont telles que l'aliénation au cours de l'année 2 est une transaction fictive, au sens donné à ce terme par les tribunaux de l'État A. Dans ce cas, dans la mesure où la doctrine de la transaction fictive élaborée par les tribunaux de l'État A n'entre pas en conflit avec les règles d'interprétation des traités, il sera possible d'appliquer cette doctrine lors de l'interprétation du paragraphe 5 de l'article 13 de la convention conclue entre l'État A et l'État B, ce qui permettra à l'État A d'imposer le gain en question au titre de sa règle du droit interne.

Règles législatives générales anti-abus

11. De nombreux pays ont inclus dans leur droit interne une règle législative anti-abus d'application générale destinée à empêcher les opérations abusives auxquelles les règles spécifiques anti-abus et règles jurisprudentielles de ces pays ne font pas obstacle.

12. L'application de ces règles soulève également la question d'un conflit possible avec les dispositions d'une convention fiscale. Dans la grande majorité des cas, toutefois, il n'y aura aucun conflit pour les raisons exposées aux paragraphes 7 et 8 ci-dessus concernant les règles anti-abus spécifiques du droit interne. En outre, lorsque les principaux aspects de ces règles internes respectent le principe directeur énoncé au paragraphe 9.5 des Commentaires sur l'article 1 et sont donc similaires aux principaux aspects du paragraphe 7, qui incorpore ce principe directeur, il est évident qu'aucun conflit ne sera possible, puisque la règle générale interne en question s'appliquera dans les mêmes circonstances que celles qui conduiraient à refuser les avantages de la Convention en vertu du paragraphe 7 ou, dans le cas d'une convention qui ne contient pas ce paragraphe, en vertu du principe directeur prévu au paragraphe 9.5 des Commentaires sur l'article 1.

Règles jurisprudentielles qui font partie du droit interne

13. Lorsqu'ils ont été appelés à interpréter la législation fiscale dans les affaires d'évasion fiscale, les tribunaux de nombreux pays ont élaboré un certain nombre de règles ou de principes d'interprétation. Ceci inclut des doctrines jurisprudentielles comme celles de la primauté du fond sur la forme, de la substance économique, de la transaction fictive, du critère de l'objet de l'activité d'entreprise, de la transaction par étapes, de l'abus de droit et de la fraude à la loi. Ces doctrines et principes d'interprétation, qui varient d'un pays à l'autre et évoluent au fil du temps en fonction des améliorations ou modifications issues de nouvelles décisions judiciaires, sont essentiellement des avis exprimés par des tribunaux sur la manière d'interpréter la législation fiscale. Bien que l'interprétation des conventions fiscales soit régie par des règles générales qui ont été codifiées dans les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ces règles générales n'empêchent pas l'application de règles et de principes similaires dans le cadre de l'interprétation des dispositions de conventions fiscales. Si, par exemple, les tribunaux d'un pays ont adopté une règle d'interprétation selon laquelle les dispositions fiscales internes doivent s'appliquer sur la base de la substance économique de certaines transactions, rien n'empêche l'adoption d'une approche similaire en ce qui concerne l'application des dispositions d'une convention fiscale à des transactions similaires. Le paragraphe 10 ci-dessus illustre ce cas.

50. Deux problèmes particuliers liés à l'interaction entre les conventions et les règles anti-abus spécifiques du droit interne sont analysés ci-après. Le premier concerne les règles anti-abus figurant dans le droit d'un

État et qui ont pour but d'empêcher certains montages auxquels participent des résidents de cet État à des fins d'évasion fiscale. Le second problème, indirectement lié au premier, concerne l'application des conventions fiscales aux taxes dites de départ ou de sortie.

a) Application des conventions fiscales pour restreindre le droit d'un État contractant d'imposer ses propres résidents

51. La majorité des dispositions qui figurent dans les conventions fiscales sont destinées à restreindre le droit d'un État contractant d'imposer les résidents de l'autre État contractant. Toutefois, dans un nombre limité de cas, l'on a fait valoir que certaines dispositions visant l'imposition des non-résidents pourraient être interprétées comme limitant le droit d'un État contractant d'imposer ses propres résidents. Ce type d'interprétation a été rejetée au paragraphe 6.1 des Commentaires sur l'article 1, qui traite du droit d'un État contractant d'imposer des associés qui sont ses propres résidents sur leur part du revenu d'une société de personnes qui est considérée comme un résident de l'autre État contractant, ainsi qu'au paragraphe 23 de ces mêmes Commentaires, qui traite des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (voir aussi le paragraphe 14 des Commentaires sur l'article 7, qui traite de la même question).

52. Il a été conclu que le principe énoncé au paragraphe 6.1 des Commentaires sur l'article 1 devrait être applicable à la grande majorité des dispositions du Modèle de Convention fiscale en vue d'empêcher les interprétations destinées à contourner l'application des règles anti-abus internes d'un État contractant (comme l'illustre l'exemple des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées). C'est la pratique appliquée depuis longtemps aux États-Unis dans les conventions fiscales de ce pays, où une clause dite «de sauvegarde»¹³ confirme le droit des États contractants d'imposer leurs résidents (et leurs citoyens, dans le cas des États-Unis) par dérogation aux dispositions de la convention, à l'exception de celles manifestement destinées à s'appliquer aux résidents, comme les règles relatives à l'élimination de la double imposition.

53. Les modifications du Modèle de Convention proposées à cet effet sont les suivantes :

Ajouter le paragraphe 3 ci-après à l'article 1 du Modèle de Convention fiscale :

3. La présente Convention n'affecte pas l'imposition, par un État contractant, de ses résidents, sauf en ce qui concerne les avantages accordés au titre du paragraphe 3 de l'article 7, du paragraphe 2 de l'article 9 et des articles 19, 20, 23, 24, 25 et 28.

Ajouter les paragraphes 26.17 à 26.21 suivants aux Commentaires sur l'article 1 (d'autres modifications des Commentaires seront nécessaires en conséquence) :

26.17 *Bien que certaines dispositions de la Convention (par exemple, les articles 23 A et 23 B) concernent à l'évidence la manière dont un État contractant impose ses propres résidents, la majorité des dispositions de la Convention ont pour objet de restreindre le droit d'un État contractant d'imposer les résidents de l'autre État contractant. Dans un nombre limité de cas, il a toutefois été suggéré que certaines dispositions pourraient être interprétées comme limitant le droit d'un État contractant d'imposer ses propres résidents, alors que cela n'était pas l'effet recherché (voir notamment le paragraphe 23 ci-avant, qui traite du cas des dispositions relatives aux sociétés étrangères contrôlées).*

26.18 *Le paragraphe 3 confirme le principe général selon lequel la Convention ne restreint pas le droit d'un État contractant d'imposer ses propres résidents sauf lorsque telle en est l'intention et énumère les dispositions pour lesquelles ce principe ne s'applique pas.*

26.19 *Les exceptions ainsi énumérées sont destinées à couvrir tous les cas où il est envisagé dans la Convention qu'un État contractant peut devoir accorder les avantages de la Convention à ses propres résidents (que ces avantages ou des avantages similaires soient ou non prévus dans le droit interne de cet État). Il s'agit des dispositions suivantes :*

- *le paragraphe 3 de l'article 7, qui exige qu'un État contractant accorde à une entreprise de cet État un ajustement corrélatif après un ajustement initial apporté par l'autre État contractant, conformément au paragraphe 2 de l'article 7, au montant de l'impôt perçu sur les bénéfices d'un établissement stable de l'entreprise ;*
- *le paragraphe 2 de l'article 9, qui exige qu'un État contractant accorde à une entreprise de cet État un ajustement corrélatif après un ajustement initial apporté par l'autre État contractant, conformément au paragraphe 1 de l'article 9, au montant de l'impôt perçu sur les bénéfices d'une entreprise associée ;*
- *l'article 19, qui peut affecter la manière dont un État contractant impose une personne physique qui est un résident de cet État si cette personne tire un revenu de services rendus*

à l'autre État contractant ou à une de ses subdivisions politiques ou autorités locales ;

- l'article 20, qui peut affecter la manière dont un État contractant impose une personne physique qui est un résident de cet État si cette personne est également un étudiant qui remplit les conditions de cet article ;
- l'article 23, qui exige qu'un État contractant accorde l'allégement de la double imposition à ses résidents pour le revenu que l'autre État peut imposer conformément à la Convention (y compris les bénéfices attribuables à un établissement stable situé dans l'autre État contractant conformément au paragraphe 2 de l'article 7) ;
- l'article 24, qui protège les résidents d'un État contractant contre certaines pratiques de discrimination fiscale appliquées par cet État (comme les règles qui établissent une discrimination entre deux personnes au motif de leur nationalité) ;
- l'article 25, qui permet aux résidents d'un État contractant de demander que l'autorité compétente de cet État examine les cas d'imposition non conformes à la Convention ;
- l'article 28, qui peut avoir des effets sur la manière dont un État contractant impose une personne physique qui est un résident de cet État lorsque cette personne est un membre de la mission diplomatique ou du poste consulaire de l'autre État contractant.

26.20 La liste des exceptions figurant au paragraphe 3 devrait comprendre toute autre disposition que les États contractants peuvent convenir d'inclure dans leur convention bilatérale lorsque l'intention est que cette disposition ait des effets sur l'imposition par un État contractant de ses propres résidents. Par exemple, si les États contractants conviennent, conformément au paragraphe 27 des Commentaires sur l'article 18, d'inclure dans leur convention bilatérale une disposition selon laquelle les pensions et autres paiements effectués au titre de la législation relative à la sécurité sociale d'un État contractant sont imposables dans ce seul État, ils devraient inclure un renvoi à cette disposition dans la liste des exceptions figurant au paragraphe 3.

26.21 Le terme « résident », tel qu'il est utilisé au paragraphe 3 et dans l'ensemble de la Convention, est défini à l'article 4. Lorsque, en

vertu du paragraphe 1 de l'article 4, une personne est considérée être un résident des deux États contractants conformément à la législation interne de ces États, les paragraphes 2 et 3 de cet article fixent une résidence unique aux fins de la Convention. Par conséquent, le paragraphe 3 ne s'applique pas à une personne physique ou morale qui est un résident de l'un des États contractants en vertu de la législation de cet État mais qui, aux fins de la Convention, est réputée être uniquement un résident de l'autre État contractant.

b) Taxes de départ ou de sortie

54. Dans un certain nombre d'États, l'impôt sur certains types de revenus qui se sont accumulés au bénéfice d'un résident (personne physique ou morale) devient exigible lorsque ce résident cesse d'être un résident de cet État. L'imposition appliquée dans ces circonstances est généralement appelée « taxe de départ » ou de « taxe de sortie » et peut, par exemple, s'appliquer à des droits à pension ou des gains en capital accumulés mais non réalisés.

55. Dans la mesure où l'exigibilité de cet impôt naît alors qu'une personne est encore un résident de l'État qui applique l'impôt et ne s'étend pas au revenu accumulé après la cessation de la résidence, rien dans la Convention, en particulier dans ses articles 13 et 18, ne s'oppose à l'application de cette forme d'imposition. Ainsi, les conventions fiscales n'empêchent pas l'application des règles fiscales internes selon lesquelles une personne est considérée comme ayant acquis un revenu de pension ou comme ayant aliéné des biens à des fins d'imposition des gains en capital immédiatement avant d'avoir cessé d'être un résident. Les dispositions des conventions fiscales ne régissent pas le moment où le revenu est réalisé à des fins fiscales internes (voir, par exemple, les paragraphes 3 et 7 à 9 des Commentaires sur l'article 13) ; par ailleurs, étant donné que les dispositions des conventions fiscales s'appliquent quel que soit le moment où l'impôt est effectivement payé (voir, par exemple le paragraphe 12.1 des Commentaires sur l'article 15), le moment auquel ces impôts deviennent payables est sans importance, pour autant que l'exigibilité de l'impôt naisse au moment où la personne est encore un résident.¹⁴

56. L'application de ces impôts crée toutefois des risques de double imposition lorsque la personne en question devient un résident d'un autre État qui cherche à imposer le même revenu à un moment différent, par exemple, lorsque le revenu d'une pension est effectivement perçu ou lorsque des actifs sont vendus à des tiers parties. Ce problème, qui résulte du fait que cette personne est un résident de deux États à des moments différents et que ces États prélèvent un impôt lors de la réalisation d'événements différents, est examiné aux paragraphes 4.1 à 4.3 des Commentaires sur les

articles 23 A et 23 B. Comme indiqué au paragraphe 4.3 de ces Commentaires, qui concernent un exemple similaire dans lequel deux États de résidence imposent l'avantage résultant des plans d'option d'achat d'actions d'un salarié à des moments différents :

Dans ce cas, on pourra utiliser la procédure amiable. L'une des solutions possibles serait que les autorités compétentes des deux États conviennent que chaque État accorde un allègement en ce qui concerne l'impôt fondé sur la résidence qui a été perçu par l'autre État sur la fraction de l'avantage lié aux services fournis durant la période au cours de laquelle le salarié était résident de cet autre État.

57. En adoptant cette façon de procéder, une manière possible de résoudre les situations de double imposition résultant de l'application des taxes de départ serait que les autorités compétentes des deux États concernés conviennent, dans le cadre d'une procédure amiable, que chaque État prévoit un allègement d'impôt correspondant à l'impôt fondé sur la résidence qui a été prélevé par l'autre État sur la fraction du revenu perçue lorsque la personne était un résident de cet autre État. Cela signifierait que le nouvel État de résidence accorde un allègement d'impôt au titre de la taxe de départ prélevée par l'État de résidence précédent sur le revenu perçu lorsque la personne était un résident de cet autre État, sauf dans la mesure où le nouvel État de résidence aurait eu des droits d'imposition à la source au moment où ce revenu a été imposé (en vertu des paragraphes 2 ou 4 de l'article 13). Les États qui souhaitent prévoir expressément ce résultat dans leurs conventions fiscales sont libres d'y inclure des dispositions à cet effet.

B. Préciser que les conventions fiscales ne doivent pas être utilisées pour générer une double non-imposition

58. La deuxième partie des travaux prescrits par l'Action 6 consistait à « préciser que les conventions fiscales ne doivent pas être utilisées pour générer une double non-imposition ».

59. Les dispositions existantes des conventions fiscales ont été élaborées avec pour principal objectif d'empêcher la double imposition, comme l'indiquent le titre proposé à la fois dans le *Projet de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune (1963)* et dans le *Modèle de Convention de double imposition concernant le revenu et la fortune (1977)*, à savoir :

Convention entre (l'État A) et (l'État B) en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune

60. En 1977, toutefois, les Commentaires sur l'article 1 ont été modifiés en vue d'indiquer explicitement que les conventions fiscales ne sont pas destinées à encourager l'évasion et la fraude fiscales. La partie correspondante du paragraphe 7 des Commentaires se lit comme suit :

Le but des conventions de double imposition est de promouvoir les échanges de biens, de services, de capitaux et de personnes en éliminant la double imposition internationale ; elles ne devraient pas, en revanche, faciliter l'évasion et la fraude fiscales.

61. En 2003, ce paragraphe a été modifié en vue de préciser que la prévention de l'évasion fiscale était également l'un des buts des conventions fiscales. Le paragraphe 7 se lit à présent comme suit :

Le principal objectif des conventions de double imposition est de promouvoir les échanges de biens et services et les mouvements des capitaux et des personnes, en éliminant la double imposition internationale. Elles ont également pour but d'empêcher l'évasion et la fraude fiscales.

62. Afin d'apporter la clarification requise par l'Action 6, il a été décidé d'énoncer clairement, dans le titre recommandé par le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, que la prévention de l'évasion et de la fraude fiscales était l'un des objectifs des conventions fiscales. Il a aussi été décidé que le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE devrait recommander la rédaction d'un préambule prévoyant expressément que les États qui concluent une convention fiscale entendent éliminer la double imposition sans créer de possibilités d'évasion et de fraude fiscales. Étant donné que les pratiques de chalandage fiscal sont un sujet particulier de

préoccupation, il a été décidé de mentionner expressément ces mécanismes en tant qu'exemple d'évasion fiscale qui ne doit pas être le résultat de conventions fiscales. Les modifications proposées au Modèle de Convention fiscale de l'OCDE suite au travail sur cet aspect de l'Action 6 sont les suivantes :

Remplacer le titre de la convention (y compris sa note de bas de page) par ce qui suit :

Convention entre (l'État A) et (l'État B) pour l'élimination de la double imposition en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune et pour la prévention de l'évasion et de la fraude fiscales ~~Convention entre (l'État A) et (l'État B) en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune⁺~~

~~1. Les États peuvent également choisir de suivre la pratique répandue consistant à mentionner dans le titre soit la prévention des doubles impositions, soit la prévention des doubles impositions et de la fraude fiscale.~~

Remplacer le titre « Préambule de la Convention » (y compris sa note de bas de page) par ce qui suit :

PRÉAMBULE DE LA CONVENTION⁺

~~1. Le préambule de la Convention sera rédigé conformément aux procédures constitutionnelles des deux États contractants.~~

PRÉAMBULE DE LA CONVENTION

(L'État A) et (l'État B),

Soucieux de promouvoir leurs relations économiques et d'améliorer leur coopération en matière fiscale,

Entendant conclure une Convention pour l'élimination de la double imposition en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune sans créer de possibilités de non-imposition ou d'imposition réduite par l'évasion ou la fraude fiscales (y compris par des mécanismes de chalandage fiscal destinés à obtenir les allègements prévus dans la présente Convention au bénéfice indirect de résidents d'États tiers),

Sont convenus de ce qui suit :

63. La déclaration claire de l'intention des signataires d'une convention fiscale qui ressort du préambule ci-dessus sera importante pour l'interprétation et l'application des dispositions de cette convention. D'après la règle de base concernant l'interprétation des traités figurant à l'article 31(1) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, « [u]n

traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité *dans leur contexte* et à la lumière de *son objet et de son but*. » [italiques et gras absents de l'original]. L'article 31(2)¹⁵ de la Convention de Vienne confirme qu'aux fins de cette règle de base le contexte du traité comprend son préambule.¹⁶

64. Les modifications ci-dessus du titre et du préambule devraient être complétées par les modifications suivantes de l'Introduction du Modèle de Convention fiscale :

Remplacer les paragraphes 2 et 3 de l'Introduction par ce qui suit :

2. Les pays membres de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques ont pris conscience depuis longtemps de la nécessité de clarifier, unifier et garantir la situation fiscale des contribuables qui exercent des activités commerciales, industrielles, financières ou autres dans d'autres pays grâce à l'application par tous les pays de solutions communes aux cas de double imposition identiques. ***Ces pays reconnaissent également depuis longtemps la nécessité d'améliorer la coopération administrative en matière fiscale, notamment par l'échange de renseignements et l'assistance en matière de recouvrement des impôts, en vue de prévenir l'évasion et la fraude fiscales.***

3. ***Tels sont*** ~~Tel est~~ les principaux ~~aux~~ objets du Modèle de l'OCDE de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, qui permet de régler uniformément les problèmes qui se posent le plus couramment dans le domaine de la double imposition juridique internationale. Comme l'a recommandé le Conseil de l'OCDE¹, les pays membres, lorsqu'ils concluent ou révisent des conventions bilatérales, devraient se conformer à ce Modèle de Convention à la lumière de l'interprétation qui en est donnée dans les Commentaires et compte tenu des réserves qui y figurent, et leurs administrations fiscales devraient suivre ces Commentaires, tels que modifiés de temps à autre et sous réserve des observations qu'elles ont formulées sur ceux-ci, lorsqu'elles sont appelées à appliquer et interpréter les dispositions de leurs conventions fiscales bilatérales qui sont basées sur le Modèle de Convention.

[Note de bas de page du paragraphe 3] 1. Cf. annexe.

Remplacer le paragraphe 16 de l'Introduction par ce qui suit :

16. Dans le Projet de Convention de 1963 et le Modèle de Convention de 1977, l'élimination des doubles impositions était mentionnée dans le titre du Modèle de Convention. ~~Par la suite~~ Il a été décidé, ***en 1992***, d'utiliser un titre plus court et de supprimer cette

mention parce que le Modèle de Convention porte non seulement sur l'élimination de la double imposition mais aussi sur d'autres questions telles que la prévention *de l'évasion et* de la fraude fiscales et la non-discrimination. Cette modification a été apportée à la page de couverture de cette publication ainsi qu'au Modèle de Convention comme tel. Toutefois, il ~~est~~ *était* bien entendu que plusieurs pays membres ~~continuent~~ *continuaient* de suivre la pratique consistant à mentionner dans le titre soit l'élimination des doubles impositions, soit l'élimination des doubles impositions ainsi que la prévention de la fraude fiscale *puisque ces deux approches mettaient l'accent sur ces objets importants de la Convention.*

16.1 Suite aux travaux conduits dans le cadre du Plan d'action de l'OCDE concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, en [année], le Comité a décidé de modifier le titre de la Convention et d'inclure un préambule. Les modifications apportées reconnaissent expressément que les objets de la Convention ne se limitent pas à l'élimination de la double imposition et que les États contractants ne souhaitent pas que les dispositions de la Convention créent des possibilités de non-imposition ou d'imposition réduite par le jeu de l'évasion et de la fraude fiscales. Compte tenu des préoccupations particulières en matière d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices résultant de mécanismes de chalandage fiscal, il a également été décidé de mentionner ces mécanismes en tant qu'exemple d'évasion fiscale qui ne devrait pas être une conséquence des conventions fiscales, étant entendu qu'il s'agissait uniquement d'un exemple parmi d'autres de ce que les États contractants entendent empêcher.

16.2 Puisque le titre et le préambule font partie du contexte de la Convention¹ et constituent une déclaration générale de l'objet et du but de celle-ci, ils devraient jouer un rôle important dans l'interprétation des dispositions de la Convention. Selon la règle générale d'interprétation des traités contenue dans l'article 31(1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, « [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. »

[Note de bas de page du paragraphe 16.2 :] 1. Voir l'article 31(2) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

C. Considérations de politique fiscale que les pays doivent, de façon générale, prendre en compte avant de décider de conclure une convention fiscale avec un autre pays

65. La troisième partie des travaux prescrits par l'Action 6 consistait à « cerner les considérations de politique fiscale que les pays doivent, de façon générale, prendre en compte avant de décider de conclure une convention fiscale avec un autre pays. »

66. Il a été convenu que le fait de disposer d'une formulation plus claire des considérations de politique fiscale que les pays doivent, de façon générale, prendre en compte avant de décider de conclure une convention fiscale pourrait permettre aux pays de justifier plus facilement leur décision de ne pas conclure de convention fiscale avec certains pays à fiscalité faible ou nulle. Toutefois, il a aussi été admis qu'il existe de nombreuses considérations non fiscales qui peuvent mener à la conclusion d'une convention fiscale et que chaque pays a le droit souverain de décider de conclure des conventions fiscales avec tout pays avec lequel il décide de le faire.

67. Au cours des travaux relatifs à cet aspect de l'Action 6, il a été décidé que leur résultat devait rendre compte du fait qu'un grand nombre de considérations de politique fiscale pertinentes pour la conclusion d'une convention fiscale sont également pertinentes pour trancher la question de la modification ou non (ou, en dernier ressort, de la dénonciation ou non) d'une convention conclue précédemment au cas où un changement dans les circonstances (comme des modifications du droit interne du partenaire de la convention) suscitent, en lien avec cette convention, des préoccupations en termes d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices.

68. Les modifications de l'introduction du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE qui sont proposées suite aux travaux relatifs à cet aspect de l'Action 6 sont les suivantes :

Insérer les paragraphes suivants et un nouveau titre à la suite du paragraphe 15 dans l'introduction du Modèle de Convention de l'OCDE (la section C actuelle de l'introduction deviendrait la section D) :

C. Considérations de politique fiscale pertinentes aux fins de la décision de conclure une convention fiscale ou de modifier une convention existante

15.1 En 1997, le Conseil de l'OCDE a adopté, à l'adresse des gouvernements des pays membres, une recommandation les incitant à poursuivre leurs efforts en vue de conclure des conventions fiscales bilatérales avec ceux des pays membres, et des pays non membres

lorsque cela est approprié, avec lesquels ils ne sont pas encore liés par de telles conventions. Si conclure ou non une convention fiscale avec un autre pays est une décision qu'il appartient à chaque État de prendre sur le fondement de différents facteurs, qui comprennent à la fois des considérations fiscales et non fiscales, les considérations de politique fiscale joueront généralement un rôle clé dans cette décision. Les paragraphes qui suivent décrivent certaines de ces considérations de politique fiscale, qui sont pertinentes non seulement pour la question de la conclusion ou non d'une convention avec un État mais aussi pour la question de savoir si un État doit ou non chercher à modifier ou à remplacer une convention existante voire, en dernier ressort, à la dénoncer (en tenant compte du fait que la dénonciation d'une convention a souvent des répercussions négatives pour un grand nombre de contribuables qui ne sont pas concernés par les situations à l'origine de la dénonciation de la convention).

15.2 Étant donné qu'un des principaux objets des conventions fiscales est d'éviter la double imposition en vue de réduire les obstacles aux services, au commerce et à l'investissement transfrontaliers, l'existence de risques de double imposition résultant de l'interaction des systèmes fiscaux des deux États sera la première préoccupation en termes de politique fiscale. Ces risques de double imposition seront généralement plus importants lorsqu'il existe un niveau important, existant ou prévu, de flux transfrontaliers d'échanges commerciaux et d'investissement entre les deux États. La plupart des dispositions des conventions fiscales visent à alléger la double imposition en répartissant les droits d'imposition entre les deux États et l'on part du principe que, lorsqu'un État accepte des dispositions conventionnelles qui restreignent son droit d'imposer des éléments de revenu, il le fait généralement en considérant que ces éléments de revenu sont imposables dans l'autre État. Lorsque, dans un État, l'impôt sur le revenu est faible ou inexistant, les autres États devraient examiner s'il existe des risques de double imposition qui, en eux-mêmes, justifieraient une convention fiscale. Les États devraient aussi examiner s'il existe des éléments du système fiscal d'un autre État qui pourraient accroître le risque de non-imposition, ce qui peut inclure des avantages fiscaux qui sont cantonnés de façon à ne pas affecter l'économie de cet État.

15.3 En conséquence, deux États qui envisagent de conclure une convention fiscale devraient évaluer dans quelle mesure il existe effectivement un risque de double imposition dans des situations transfrontalières qui impliquent leurs résidents. Un grand nombre de cas de double imposition juridique dus à l'imposition combinée par

L'Etat de source et l'État de résidence peuvent être éliminés par des dispositions internes pour l'allègement de la double imposition (habituellement, sous la forme d'un mécanisme d'exemption ou de crédit d'impôt) qui ne relèvent pas de conventions fiscales. Bien que ces dispositions internes traiteront probablement la plupart des formes de double imposition juridique du type résidence-source, elles ne couvriront pas tous les cas de double imposition, en particulier s'il existe d'importantes différences dans les règles de détermination de la source des deux États ou si le droit interne de ces États ne permet pas un allègement unilatéral de la double imposition économique (par exemple, dans le cas d'un ajustement des prix de transfert opéré dans un autre État).

15.4 Une autre considération de politique fiscale pertinente par rapport à la conclusion d'une convention fiscale est le risque d'imposition excessive qui peut résulter de retenues fiscales excessives dans l'État de la source. Bien que les mécanismes d'allègement de la double imposition assurent normalement que ces retenues fiscales élevées n'entraînent pas de double imposition, si ces impôts perçus dans l'État de la source sont supérieurs au montant normalement prélevé sur les bénéficiaires dans l'État de résidence, ils peuvent avoir un effet préjudiciable sur les échanges et l'investissement transfrontaliers.

15.5 D'autres considérations fiscales qui devraient être prises en compte lorsqu'il est envisagé de conclure une convention concernent notamment les diverses caractéristiques des conventions fiscales qui encouragent et favorisent les liens économiques entre les pays, comme la protection contre le traitement fiscal discriminatoire de l'investissement étranger qu'offrent les règles sur la non-discrimination de l'article 24, la certitude accrue du traitement fiscal pour les contribuables qui ont droit aux avantages de la convention, et le fait que les conventions fiscales, par la procédure amiable et la possibilité pour les États contractants de recourir à l'arbitrage, prévoient un mécanisme pour la résolution des différends fiscaux internationaux.

15.6 Un objectif important des conventions fiscales étant la prévention de l'évasion et de la fraude fiscales, les États devraient aussi examiner si les signataires potentiels d'une convention ont la volonté et la capacité d'appliquer effectivement les dispositions des conventions fiscales relatives à l'assistance administrative, comme la capacité d'échanger des renseignements à des fins fiscales, ce qui est un aspect essentiel devant être pris en considération lors de la décision de conclure une convention fiscale. La capacité et la volonté d'un État

de prêter assistance pour le recouvrement des impôts seraient également un facteur pertinent à prendre en compte. Il faut toutefois noter qu'en l'absence de tout risque effectif de double imposition, ces dispositions administratives ne suffiraient pas à elles seules à justifier en termes de politique fiscale l'existence d'une convention fiscale, cette assistance administrative pouvant être assurée par d'autres accords plus ciblés, comme la conclusion d'un accord sur l'échange de renseignements à des fins fiscales ou la participation à la Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale¹.

[Note de bas de page du paragraphe 15.6:] 1. Disponible à l'adresse <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/ENG-Amended-Convention.pdf>.

Notes

1. Disponible à l'adresse <http://www.oecd.org/fr/ctp/PlanActionBEPS.pdf>.
2. La présente note ne traite pas des situations dans lesquelles les pays prennent délibérément la décision de ne pas exercer les droits fiscaux que leur accorde une convention fiscale. Ces situations cadrent mieux avec l'Action 5 (Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance).
3. Les cas dans lesquels un résident de l'État contractant où le revenu a sa source tente d'obtenir des avantages au titre d'une convention (par exemple, par un transfert de résidence vers l'autre État contractant ou en recourant à une entité établie dans cet autre État) pourraient également être considérés comme constituant une forme de chalandage fiscal et sont visés par les recommandations contenues dans le présent rapport.
4. Repris aux pages R(5)-1 et R(6)-1 de la version complète du Modèle.
5. Repris à la page R(17)-1 de la version complète du Modèle.
6. Voir, en particulier, la recommandation n° 9 du rapport :
« [L]es pays devraient envisager de faire figurer dans leurs conventions fiscales des dispositions visant à limiter le droit aux avantages prévus par la Convention dans le cas des entités et des revenus bénéficiant de mesures constituant des pratiques fiscales dommageables et examiner de quelle manière les dispositions existantes de leurs conventions fiscales pourraient être appliquées à cet effet ; le Modèle de Convention fiscale devrait être modifié de façon à comporter de telles dispositions ou les éclaircissements nécessaires à cet égard ».
7. Paragraphe 20 des Commentaires sur l'article 1.
8. Paragraphe 21.4 des Commentaires sur l'article 1.
9. L'une des suppositions qui a conduit à insérer le paragraphe 4 a été que l'Action 5 (Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance) et l'Action 8 (Actifs incorporels) du Plan d'action BEPS répondront aux risques, en termes d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices, liés à l'octroi d'avantages dérivés qui ne s'appliqueraient pas

uniquement à des dividendes, mais aussi à des paiements pouvant donner lieu à une érosion de la base d'imposition, comme les redevances. L'insertion du paragraphe 4 ou de tout autre moyen de prévenir les risques, en termes d'érosion de la base d'imposition, devra donc être considérée à la lumière des résultats des travaux portant sur ces points du Plan d'action.

10. Voir, par exemple, la disposition alternative suggérée au paragraphe 42.45 des Commentaires sur l'article 5, qui traite du fractionnement de contrats en vue de contourner la disposition alternative qui figure au paragraphe 42.23.
11. Paragraphe 23 des Commentaires sur l'article 4 du Projet de Convention de 1963.
12. En vertu des principes du droit public international tels que codifiés dans les articles 26 et 27 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, si l'application d'une règle interne anti-abus a pour effet de permettre à un État qui est partie à une convention fiscale d'imposer un élément de revenu que cet État n'est pas autorisé à imposer en vertu des dispositions de la convention, l'application de la règle anti-abus interne entraînerait en conflit avec les dispositions de la convention et ces dernières doivent l'emporter.
13. La clause de sauvegarde et ses exceptions sont formulées comme suit dans le Modèle des États-Unis :
 4. Sauf dans la mesure prévue au paragraphe 5, la présente Convention n'affecte pas l'imposition, par un État contractant, de ses résidents (comme définis à l'article 4 (Résident)) et de ses citoyens. Nonobstant les autres dispositions de la présente Convention, un ancien citoyen ou un ancien résident de longue durée d'un État contractant peut être imposé conformément aux lois de cet État contractant.
 5. Les dispositions du paragraphe 4 n'affectent pas :
 - a) les avantages conférés par un État contractant au titre du paragraphe 2 de l'article 9 (Entreprises associées), du paragraphe 7 de l'article 13 (Gains), de l'alinéa b) du paragraphe 1, des paragraphes 2, 3 et 6 de l'article 17 (Pensions, sécurité sociale, rentes, pensions alimentaires et pensions alimentaires pour enfants), du paragraphe 3 de l'article 18 (Fonds de pension), et des articles 23 (Méthodes pour éliminer les doubles impositions), 24 (Non-discrimination), et 25 (Procédure amiable) ; et

- b) les avantages conférés par un État contractant au titre du paragraphe 1 de l'article 18 (Fonds de pension), des articles 19 (Fonctions publiques), 20 (Étudiants et stagiaires), et 27 (Membres des missions diplomatiques et des postes consulaires), à des personnes physiques qui ne sont pas des citoyens de cet État ou n'ont pas été admis à y résider de manière permanente.
14. L'ajout de la disposition visée dans la section a) ci-dessus confirmera que les dispositions d'une convention fiscale ne restreignent pas le droit d'un État d'appliquer des taxes de départ ou de sortie, pour autant que l'exigibilité de l'impôt naisse lorsque la personne est un résident de cet État.
15. « 2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :
- (a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;
 - (b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité. »
16. Les Commentaires sur le projet de 1966 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* notent que la Cour internationale de Justice « a, plus d'une fois, recouru à l'énoncé de l'objet et du but du traité dans le préambule pour interpréter une disposition donnée » (*Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale, Annuaire de la Commission du droit international, 1966, vol. II, p. 241).

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

L'OCDE est un forum unique en son genre où les gouvernements œuvrent ensemble pour relever les défis économiques, sociaux et environnementaux liés à la mondialisation. À l'avant-garde des efforts engagés pour comprendre les évolutions du monde actuel et les préoccupations qu'elles suscitent, l'OCDE aide les gouvernements à y faire face en menant une réflexion sur des thèmes tels que le gouvernement d'entreprise, l'économie de l'information et la problématique du vieillissement démographique. L'Organisation offre aux gouvernements un cadre leur permettant de confronter leurs expériences en matière d'action publique, de chercher des réponses à des problèmes communs, de recenser les bonnes pratiques et de travailler à la coordination des politiques nationales et internationales.

Les pays membres de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Chili, la Corée, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, les États-Unis, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, Israël, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République slovaque, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovaquie, la Suède, la Suisse et la Turquie. L'Union européenne participe aux travaux de l'OCDE.

Les Éditions OCDE assurent une large diffusion aux travaux de l'Organisation. Ces derniers comprennent les résultats de l'activité de collecte de statistiques, les travaux de recherche menés sur des questions économiques, sociales et environnementales, ainsi que les conventions, les principes directeurs et les modèles développés par les pays membres.

Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices

Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales lorsque les circonstances ne s'y prêtent pas

Endiguer l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) est une priorité absolue pour les pouvoirs publics des pays du monde entier. En 2013, les pays de l'OCDE et du G20 ont adopté un Plan d'action en 15 points, à l'élaboration duquel ils ont œuvré de concert et sur un pied d'égalité, pour lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. Ce rapport présente les résultats obtenus au titre de l'Action 6.

Le Projet BEPS réalisé sous l'égide de l'OCDE et du G20, vise à assurer aux États des recettes budgétaires grâce à une fiscalité en phase avec l'évolution des activités économiques et la création de valeur, mais aussi à créer, dans le domaine de la fiscalité internationale, un ensemble unique de règles faisant l'objet d'un consensus pour combattre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, et partant, à protéger l'assiette imposable tout en offrant aux contribuables une prévisibilité et une certitude accrues. L'un des axes majeurs de l'effort engagé est l'élimination de la double non-imposition. Les nouvelles règles qui doivent être adoptées à cet effet ne doivent toutefois pas entraîner l'application d'une double imposition, soumettre les contribuables à des obligations trop contraignantes ou instituer des restrictions faisant obstacle à des activités transnationales par ailleurs légitimes.

Sommaire

Synthèse

Introduction

- A. Dispositions conventionnelles et/ou règles nationales destinées à empêcher l'octroi inopporun d'avantages prévus par les conventions
- B. Préciser que les conventions fiscales ne doivent pas être utilisées pour générer une double non-imposition
- C. Considérations de politique fiscale que les pays doivent, de façon générale, prendre en compte avant de décider de conclure une convention fiscale avec un autre pays

<http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps.htm>

Veuillez consulter cet ouvrage en ligne : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264225329-fr>.

Cet ouvrage est publié sur OECD iLibrary, la bibliothèque en ligne de l'OCDE, qui regroupe tous les livres, périodiques et bases de données statistiques de l'Organisation.

Rendez-vous sur le site www.oecd-ilibrary.org pour plus d'informations.

